

L'incidence de la faillite sur le contrat de factoring

Florence George¹

I. Introduction	741
II. Le contrat de factoring	743
III. Commission d'affacturage après faillite	745
IV. Articulation des articles 16 et 46 de la loi sur les faillites	747
V. Statut du curateur, force obligatoire du contrat et opposabilité de ses effets externes	748
VI. Validité et opposabilité des mécanismes de droit des obligations	750

RÉSUMÉ

Cette contribution aborde, à l'aune de l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Anvers le 11 février 2010², publié dans le même numéro, le sort du contrat de factoring lors de la survenance d'une faillite du client du factor. Le principe reste la poursuite des contrats en cours en cas de faillite. Ce dernier connaît toutefois plusieurs exceptions applicables au contrat de factoring.

Une attention particulière est consacrée au pourcentage de la commission d'affacturage et plus précisément à la clause modifiant ce pourcentage dans l'hypothèse d'une faillite du client. La qualification juridique de cette clause pose en effet question. C'est finalement une interprétation large de l'article 16 de la loi sur les faillites qui permettra à la cour d'appel de réduire un taux perçu comme trop élevé.

L'article se termine par quelques considérations relatives au statut du curateur et à l'opposabilité de certains mécanismes préférentiels du droit des obligations.

SAMENVATTING

Aan de hand van het in dit nummer gepubliceerde arrest van 11 februari 2010² van het hof van beroep van Antwerpen, bespreekt deze bijdrage het lot van de factoringovereenkomst wanneer de cliënt van de factor failliet wordt verklaard. Het beginsel blijft de voortzetting van de lopende overeenkomsten bij faillissement. Er bestaan echter uitzonderingen die op de factoringovereenkomst toepasselijk zijn.

Er wordt aandacht besteed aan het percentage van het inningsrecht en meer bepaald aan het beding waarbij dit percentage wordt verhoogd indien de cliënt failliet wordt verklaard. De juridische kwalificatie van dat beding roept immers vragen op. Het is uiteindelijk op grond van een ruime interpretatie van artikel 16 van de faillissementswet dat het hof van beroep een als te hoog beschouwd inningsrecht tot een lager percentage herleidt.

De bijdrage eindigt met enige beschouwingen omtrent de hoedanigheid van de curator en de tegenwerpelijke van sommige zekerheidsmechanismen met zakelijke werking.

I. INTRODUCTION

1. Faits du litige. La société anonyme Jean-Marie Transport (la « société JMT ») conclut, dans le cadre de ses activités commerciales, un contrat de factoring avec la société de factoring Fortis Commercial Finance (« Fortis »). Le contrat prévoit un financement de 75% des factures cédées. Une commission d'affacturage est également stipulée en faveur du factor.

Le factor ouvre un compte courant au nom de son adhérent, la société JMT. Les dettes réciproques des parties sont inscrites dans ce compte et compensées au fur et à mesure des opérations.

Le 23 janvier 2007, le tribunal de commerce de Turnhout déclare la société JMT en faillite. Le compte courant présente un solde débiteur de 124.878,25 EUR.

¹ Avocat, assistante à l'Université catholique de Louvain.

² Voyez dans ce numéro, p. 793/Zie in dit nummer p. 793.

L'article 25 du contrat de factoring dispose que « *de overeenkomst van rechtswege wordt beëindigd bij faillissement van één der partijen* »³. Son deuxième alinéa précise qu'« *in geval van faillissement van de leverancier zal overeenkomstig artikel 46 faillissementswet de curator worden aangeschreven met het oog op de beëindiging van de overeenkomst die dan enkel nog zal voortbestaan voor haar vereffening* »⁴.

L'article 27 des conditions générales a pour objectif de régir les conséquences de la fin du contrat : les paiements « entrants » seront affectés au remboursement du solde débiteur du compte courant tandis qu'une commission sera prélevée sur les montants récupérés. La commission en cas de faillite de l'adhérent (ou fournisseur) est fixée à 10%, à savoir le taux applicable pour les recouvrements judiciaires.

Le 23 janvier 2007, le factor adresse un courrier au curateur. Dans la mesure où elle suppose que celui-ci souhaite, conformément à l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, qu'il soit mis fin au contrat qui ne survivra que pour sa liquidation, Fortis précise qu'elle fera le nécessaire pour recouvrer les factures impayées.

Le 25 janvier 2007, le curateur confirme la dissolution du contrat.

Le factor encaisse, après la faillite, un montant de 151.665,44 EUR et établit, à titre de commission d'affacturage, une note de débit qui s'élève à 15.166,55 EUR HTVA.

Une compensation est opérée entre débit et crédit du compte courant : le curateur perçoit *in fine* un disponible de 19.228,77 EUR.

Bien qu'il ne conteste ni le principe de la commission, ni la compensation au sein du compte courant⁵, le curateur remet en cause le pourcentage de la commission prélevée par le factor après la faillite. Il réclame le remboursement d'un trop-perçu de 29.246,64 EUR.

2. Décision du tribunal de commerce de Turnhout. Le tribunal de commerce de Turnhout déclare la demande du curateur partiellement fondée et condamne le factor au paiement en principal de 20.971,86 EUR. Le factor interjette appel de la décision.

3. Décision de la cour d'appel d'Anvers. Dans un premier temps, la cour d'appel circonscrit le litige au pourcentage de la commission : le curateur ne conteste ni la compensation, ni le droit du factor de percevoir une commission (« droit de recouvrement » ou *inningsrecht*).

La cour d'appel souligne qu'aucun accord ne semble être intervenu entre les parties quant à la détermination du pourcentage à appliquer, le seul accord du curateur sur la poursuite des recouvrements en cours étant insuffisant à cet égard. Les deux parties avaient clairement manifesté leur volonté de mettre fin au contrat de factoring et elles n'étaient pas revenues sur cette décision.

La cour tire ensuite argument de l'article 16 de la loi sur les faillites. Selon la cour, le dessaisissement de l'administration de ses biens empêche le failli de conclure un accord qui sortirait ses effets dans le cadre de la liquidation de son patrimoine après faillite. Dès lors, la clause ne lie pas le curateur.

Enfin, la cour d'appel détermine le pourcentage de la commission. Elle prend comme point de départ le pourcentage de 10% réclaté par le factor. Ce dernier correspond au pourcentage applicable lorsque les factures cédées sont recouvrées par voie judiciaire. En l'espèce, la cour d'appel remarque que les coûts supportés par Fortis après faillite se sont limités à des sommations et notifications sans que des procédures judiciaires aient dû être entamées. En outre, certaines factures ont été rétrocédées au curateur. L'assimilation pour le taux applicable entre, d'une part, le recouvrement judiciaire et, d'autre part, la récupération après faillite ne conviendrait pas. La commission prélevée ne peut être identique.

Par conséquent, la cour fixe la commission à un taux de 5%. Le factor est finalement condamné au remboursement de la somme de 17.293,36 EUR.

4. Plan. Dans un premier temps, nous reviendrons sur les principes qui gouvernent le contrat de factoring et principalement sa dissolution (point II). Ce sera pour nous l'occasion de rappeler les exceptions à la continuité des contrats en cours en cas de faillite d'une des parties et notamment celles concernant le contrat *intuitu personae*, l'article 46 de la loi sur les faillites, le pacte commissoire exprès et la condition résolutoire. Ensuite, après avoir qualifié la clause qui prévoit le paiement d'une commission au factor, nous examinerons sa validité en cas de faillite (point III). Le fondement de l'article 16 de la loi sur les faillites invoqué par la cour d'appel appellera quelques commentaires (point IV). L'arrêt discuté nous offre encore l'occasion de revenir sur différents développements récents. Nous ménagerons ainsi une place à la problématique du statut du curateur et à l'opposabilité des effets externes du contrat (point V). Enfin, la compensation d'un compte courant et l'opposabilité des garanties conventionnelles seront brièvement abordées (point VI).

³. Traduction libre : « *Le contrat prend fin de plein droit en cas de faillite d'une des parties.* »

⁴. Traduction libre : « *En cas de faillite du fournisseur, le curateur sera sommé, conformément à l'article 46 de la loi sur les faillites, de mettre fin au contrat qui ne survivra que pour sa liquidation.* »

⁵. Voy. sur le compte courant et la faillite, la détermination des actifs issus du compte courant, couverts par la saisie collective qu'entraîne la faillite et les opérations en cours au moment de la faillite, M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 205-207, n^{os} 307, 308 et 310 et P. BECUE, *Handboek kredietverzekering. De onzichtbare bank*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 802.

II. LE CONTRAT DE FACTORING

5. Contrat de factoring⁶, compte courant et commission. Le factoring, aussi dénommé affacturage, est défini comme « un transfert de créances commerciales de son titulaire à un factor qui se charge d'en opérer le recouvrement et qui en garantit la bonne fin, moyennant la retenue de ses frais d'intervention »⁷. Le contrat est souscrit entre, d'une part, un factor et, d'autre part, un fournisseur aussi appelé adhérent ou client du factor.

Le concept de contrat d'affacturage n'est pas monolithique et connaît diverses déclinaisons. Par exemple, il n'est pas rare que le factor n'assume pas le risque d'insolvabilité du débiteur⁸.

Les raisons d'être du factoring ne sont plus à rappeler : instrument de financement, garantie (le cas échéant) contre l'insolvabilité des débiteurs, gestion et suivi professionnel des factures...

La doctrine qualifie généralement le contrat de factoring de contrat *sui generis*⁹, conclu à titre onéreux¹⁰ et *intuitu personae*¹¹.

Le transfert des créances entre parties au contrat est inhérent au fonctionnement du factoring. Il peut s'opérer selon trois modes distincts : la subrogation, l'endossement de la facture et la cession de créance^{12,13}. Le dernier d'entre eux est, actuellement, le mode le plus usité en Belgique.

Le factor ouvre dans ses livres un compte courant au nom de l'adhérent. Les dettes réciproques des parties y sont inscri-

tes. Lorsque le contrat de factoring comporte un volet financement, la comptabilisation s'effectue comme suit : « au crédit, on retrouve le montant des créances achetées et payées anticipativement. Au débit, s'inscrivent le droit de factoring, les intérêts et une garantie (...) »¹⁴.

6. Fin du contrat de factoring. Il existe en droit belge différentes causes de dissolution de contrat. Cette notion de dissolution renvoie aux « causes anormales de disparition du contrat »¹⁵ à savoir les cas où le contrat expire autrement que par sa voie normale que constitue l'exécution de la convention ou la survenance du terme¹⁶. On relève en droit belge les causes de dissolution du contrat suivantes : la résiliation (unilatérale ou de commun accord des parties), la résolution, la révocation, la nullité, la rescision, la force majeure et la caducité¹⁷.

La faillite d'une des parties au contrat ne vient en principe pas bouleverser l'exécution du contrat¹⁸. L'article 46 impose d'ailleurs une continuité des relations contractuelles entre le failli et son cocontractant. Toutefois, de nombreuses exceptions à ce principe de « maintien des contrats » sont aujourd'hui reconnues en doctrine et en jurisprudence.

Une première catégorie d'exceptions regroupe les dissolutions de plein droit du contrat¹⁹. Aucune des parties ne doit, dans ces situations, manifester sa volonté de mettre fin au contrat²⁰. Dans cette catégorie, on trouve les contrats *intuitu personae* et les contrats comportant une condition résolu-

6. Voy. J. SOUFFLET, « L'usage de la propriété à des fins de garantie », in A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (dirs.), *Les sûretés. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983*, Paris, Feduci, 1984, p. 322 ; M. GREGOIRE, « L'affacturage », in X, *La prévention de la défaillance de paiement*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 295-305 ; F. VAN REMOORTEL et S. VERBEKE, « Factoring », in X, *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, III, Onbenoemde overeenkomsten*, Malines, Kluwer, 2012, pp. 1-26.

7. D. PHILIPPE, « Le contrat de factoring », in *G.U.J.E.*, suppl. 81, Livre 57, 2008, p. 8. Définition empruntée à la Chambre nationale des Conseillers français et à messieurs DE JUGLART et IPPOLITO.

8. M. GREGOIRE, « L'affacturage », in X, *La prévention de la défaillance de paiement*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 296. L. SIMONT laisse toutefois entendre qu'il s'agirait d'une caractéristique propre au contrat de factoring (« Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent », in A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (dirs.), *Les sûretés. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983*, Paris, Feduci, 1984, p. 288).

9. B. DHAEYER, *Le contrat de factoring en droit belge*, Louvain-la-Neuve, UCL, 1974, p. 26 ; D. PHILIPPE, « Le contrat de factoring », *op. cit.*, p. 11.

10. B. DHAEYER, *op. cit.*, p. 22.

11. B. DHAEYER, *op. cit.*, p. 26 ; D. PHILIPPE, « Le contrat de factoring », *op. cit.*, p. 16 ; P. BECUE, *op. cit.*, p. 802.

12. M. GREGOIRE, « L'affacturage », in X, *La prévention de la défaillance de paiement*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 300-301 ; D. PHILIPPE, « Le contrat de factoring », *op. cit.*, p. 11.

13. Voir une cession de créance à titre de garantie (voy. *infra*, n° 22).

14. D. PHILIPPE, « Le contrat de factoring », *op. cit.*, p. 17.

15. P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in *La fin du contrat*, Liège, Edition Formation Permanente CUP, 2001, pp. 9-10.

16. *Ibid.*, p. 9.

17. Voy. D. PHILIPPE et C. RUWET, « Les clauses mettant fin au contrat », in X, *Les grandes clauses des contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 236-248.

18. E. DIRIX, « Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-04, p. 202 ; A. ZENNER et I. VEROUSTRÆTE, « Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse », *R.D.C.*, 2004, p. 524 ; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 168-177 ; A. DE WILDE, « Boedelschulden en lopende overeenkomsten », in X, *Curatoren en vereffenaars : actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 594-597 ; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, pp. 861-862 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. Lg.*, 2009, p. 236.

19. Voy. F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », in X, *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Liège, Anthémis, 2011, pp. 191-262.

20. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations, Tome 2, Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 993.

toire expresse pour les cas de faillite. La condition résolutoire, qui se distingue du pacte commissaire exprès et de la faculté de résiliation²¹, est une modalité de l'obligation, un événement futur et incertain (en l'occurrence, la faillite) qui, s'il se réalise, entraîne l'extinction de l'obligation²² ou du contrat.

La deuxième catégorie renvoie à ce que nous avons appelé les facultés de résiliation ou de résolution²³. On y épingle la faculté de résiliation limitée²⁴ offerte au curateur par l'article 46 de la loi sur les faillites, le pacte commissaire exprès et la clause de résiliation unilatérale. Pour rappel, le pacte commissaire exprès se définit comme toute clause contractuelle qui vise à « *sanctionner, (...) par la résolution, un manquement fautif du débiteur dans l'exécution de ses obligations* »²⁵. Il se distingue de la clause de résiliation unilatérale en ce que celle-ci offre à une partie au contrat la possibilité de rompre le contrat par sa seule volonté et en dehors de toute idée de faute²⁶.

Le contrat de factoring est un contrat qualifié d'*intuitu personae*²⁷. Dans le cadre de l'arrêt discuté, les parties contractantes auraient donc pu considérer que la faillite avait entraîné la dissolution de plein droit du contrat²⁸.

La société de factoring a préféré – plutôt que de recourir à la qualification de contrat *intuitu personae* –, d'une part, faire application de l'article 46 de la loi sur les faillites et, d'autre part, invoquer l'article 25, alinéa 1^{er}, du contrat qui dispose que « *de overeenkomst van rechtswege wordt beëindigd bij faillissement van één der partijen* »²⁹. Malgré le caractère *intuitu personae* du contrat qui n'est ni impératif, ni d'ordre public et auquel les parties peuvent donc librement déroger³⁰, il est en effet tout à fait loisible aux parties contractan-

tes d'insérer une condition résolutoire voire un pacte commissaire exprès ou une clause de résiliation unilatérale pour le cas de faillite.

Le recours simultané à la condition résolutoire insérée dans le contrat (voy. sur la qualification *infra*, n° 7) et à l'article 46 de la loi sur les faillites fait cependant double emploi. De deux choses l'une : soit le cocontractant du failli se fonde sur la clause insérée dans le contrat de factoring, soit, à défaut, il appartient au curateur de prendre position quant à la poursuite ou non de l'exécution du contrat conformément à l'article 46 de la loi sur les faillites. La combinaison des alinéas 1 et 2 des conditions générales de Fortis était dès lors redondante. Alors même que le premier alinéa prévoit la dissolution de plein droit du contrat, le deuxième dispose que « *in geval van faillissement van de leverancier zal overeenkomstig artikel 46 faillissementswet de curator worden aangeschreven met het oog op de beëindiging van de overeenkomst die dan enkel nog zal voortbestaan voor haar vereffening* ».

7. Faillite et condition résolutoire. La condition résolutoire définie à l'article 1183 du Code civil est une modalité de l'obligation, un événement futur et incertain qui, s'il se réalise, entraîne l'extinction de l'obligation³¹. Elle se veut totalement étrangère à l'idée de sanction contractuelle³². Partant, en présence d'une condition résolutoire, aucuns dommages et intérêts ne pourront être réclamés en sus de la dissolution du contrat³³. De même, le créancier ne sera nullement tenu d'adresser une mise en demeure préalable. La condition résolutoire opère de plein droit et automatiquement³⁴ avec effet rétroactif, effet toutefois tempéré par la doctrine et la jurisprudence³⁵.

21. F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », *op. cit.*, pp. 191-262.

22. M.-C. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès » (note sous Liège, 24 septembre 1986), *Ann. dr. Lg.*, 1988, p. 170 ; I. DURANT et M. CLAVIE, « La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage », in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 118, n° 48.

23. *Ibid.*

24. Le droit de résiliation est assorti de limites sévères et strictes. Une telle interprétation se justifie principalement par la portée de l'expression « *lorsque l'administration de la masse le requiert* » délimitée par notre Cour suprême dans son arrêt de 2008 (T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 347 ; A. MEULDER, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2008, p. 868 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. Lg.*, 2009, p. 222 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-11, p. 479.

25. M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 171.

26. P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », *op. cit.*, p. 26 ; P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 917, nos 986-987 ; P.-A. FORIERS, Ch. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », in X, *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 165, n° 10.

27. B. DHAeyer, *op. cit.*, p. 26 ; D. PHILIPPE, « Le contrat de factoring », *op. cit.*, p. 16.

28. Voy. P. BECUE, *op. cit.*, p. 802 qui écrit : « *Het faillissement van de leverancier stelt een einde aan de factoringovereenkomst. Dit sluit aan bij het intuitu personae-karakter van de factoring.* »

29. Traduction libre : « *Le contrat prend fin de plein droit en cas de faillite d'une des parties* ».

30. B. TILLEMANN, *Bewaargeving en sekswester*, Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 27 cité par P. WÉRY, « Les contrats de services gratuits », in B. TILLEMANN et A. VERBEKE (éds.), *Knelpunten dienstencontracten*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 82, n° 24.

31. M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 170 ; I. DURANT et M. CLAVIE, *op. cit.*, p. 118, n° 48.

32. M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 176 ; I. DURANT et M. CLAVIE, *op. cit.*, p. 120, n° 49 ; P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 920 et s.

33. C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil », in X, *Recyclage en droit. Droit des obligations*, Limal, Anthémis, 2011, p. 198, n° 98.

34. Voy. M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, pp. 171, 176 et s. ; V. WATERKEYN, « L'emphytéose et les clauses et conditions résolutoires » (note sous Cass., 30 mars 2006), *R.G.D.C.*, 2008, pp. 93-94, n° 6 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, *op. cit.*, pp. 197-199.

35. P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, pp. 920-921, n° 989.

En l'espèce, la clause reprise à l'article 25 du contrat de factoring nous paraît pouvoir être qualifiée de condition résolutoire. La faillite est, en effet, analysée de manière objective comme un événement neutre entraînant la dissolution de

plein droit du contrat. Le deuxième alinéa qui renvoie à la faculté de résiliation limitée du curateur vient toutefois semer le trouble sur la qualification à opérer (voy. *supra*, n° 6).

III. COMMISSION D'AFFACTURAGE APRÈS FAILLITE

8. Faillite et contrat : nouveau contrat ou survivance du contrat initial ? Nul besoin de rappeler que, sauf exceptions, la faillite ne met pas fin aux contrats en cours souscrits par le failli.

Les contrats exécutés par le curateur après la faillite sont par conséquent de deux ordres :

- soit, il s'agit des contrats conclus avant le jugement déclaratif de faillite et poursuivis par le curateur ;
- soit, on est face à de nouveaux contrats négociés, pour les besoins de la faillite, par le curateur tant avec d'anciens que de nouveaux partenaires.

En l'espèce, la clause précitée de l'article 25 du contrat de factoring a opéré de plein droit la dissolution du contrat. Le curateur confirmera, d'ailleurs, cette rupture du contrat au factor. Malgré cette dissolution, dans un courrier du 23 janvier 2007, la banque va déclarer qu'elle fera le nécessaire pour recouvrer les factures impayées jusqu'alors et tiendra le curateur informé. Quelle est par conséquent la source des obligations qui incombent, postérieurement à la faillite, au curateur³⁶ ? Se trouve-t-on dans le cadre de la poursuite du contrat initial ou en présence d'un nouveau contrat ? D'un côté, le courrier du 23 janvier 2007 ne permet pas d'établir la conclusion d'un nouveau contrat entre le factor et le curateur. De l'autre, la dissolution prévue par l'article 25 fait obstacle à toute poursuite des relations contractuelles initiales.

La solution se trouve, en réalité, à mi-chemin. Bien que le contrat soit dissous, il peut subsister des obligations post-contractuelles³⁷. Ainsi, dans l'affaire qui sert de prétexte au présent commentaire, la notion d'« après-contrat » nous semble idoine. M.-E. André, M.-P. Dumont et P. Grignon³⁸ expliquent à ce sujet que « *l'après-contrat est la période qui suit la cessation du contrat. (...) L'après-contrat ne recèle pas seulement un critère temporel, il se définit aussi en référence au contrat qui l'a précédé* ». Nous reviendrons sur l'après-contrat au point n° 9 *infra*.

Le praticien veillera, en présence d'une clause qui pourrait trouver à s'appliquer après faillite³⁹, à se poser la question suivante : la clause s'inscrit-elle dans le cadre de la poursuite du contrat initial ou s'agit-il, le contrat ayant pris fin, d'une obligation post-contractuelle ? Dans le premier cas, lorsque le contrat est poursuivi, il est généralement admis⁴⁰ que le curateur sera tenu d'en respecter les clauses à moins que ces dernières ne soient invalidées conformément à une disposition du droit commun des obligations. Dans la seconde hypothèse, deux problématiques émergent. D'une part, la clause n'entrave-t-elle pas le principe de l'égalité des créanciers ? D'autre part, la clause qui a vocation à s'imposer au curateur postérieurement à la dissolution du contrat et qui est rédigée expressément à cette fin, peut-elle lier celui-ci ?

La technique de rédaction des clauses revêt encore une fois toute son importance.

9. L'après-contrat et les obligations post-contractuelles. « *Les traités classiques donnent l'impression qu'au contrat pleinement exécuté succède le néant juridique.* »⁴¹. Or, comme le souligne M. Fontaine, « *le contrat ne se termine pas (...) de façon tranchée en un moment précis. Si pour l'essentiel les obligations des parties sont exécutées, le contrat ne se résigne pas à mourir. Il peut survivre dans une série d'engagements que l'une ou l'autre partie continue d'assumer* »⁴².

On regroupe généralement ces obligations post-contractuelles (souvent qualifiées d'« obligations survivant au contrat ») en deux catégories :

- (i) les obligations destinées à assurer la liquidation du passé ;
- (ii) les obligations orientées vers le futur et régissant la prolongation des relations contractuelles⁴³.

Dans la première catégorie, on épingle notamment les clauses relatives au sort des stocks et banques de données, aux restitutions de documents et de moyens de publicité, aux

³⁶. On pense ici, par exemple, à son obligation de payer les commissions.

³⁷. Voy. sur les clauses qui survivent au contrat, B. KOHL, « Les clauses mettant fin au contrat et les clauses survivant au contrat », *RDAI/IBLJ*, n° 3/4, 2002, p. 448.

³⁸. M.-E. ANDRÉ, M.-P. DUMONT et P. GRIGNON, *L'après-contrat*, Levallois, Editions Francis Lefebvre, 2005, p. 55.

³⁹. En l'espèce, l'art. 27 du contrat de factoring.

⁴⁰. A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours », *J.T.*, 2004, p. 883 ; I. VEROUSTRAE, *op. cit.*, p. 344.

⁴¹. P. WÉRY, « Le contrat : sa modification, sa transmission, sa suspension et son extinction », in *G.U.J.E.*, Titre III, Livre 31bis, Waterloo, Kluwer, p. 36.

⁴². M. FONTAINE, « Les obligations "survivant au contrat" », in X, *La fin du contrat*, Liège, Formation permanente CUP, 2001, p. 164.

⁴³. M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 167 ; P. WÉRY, « Le contrat : sa modification, sa transmission, sa suspension et son extinction », *op. cit.*, p. 37.

effets de la dissolution notamment le sort des paiements en cours⁴⁴, ...

On relève dans la seconde, les clauses de non-concurrence et de confidentialité, les clauses relatives aux obligations de garantie ou encore à la communication des améliorations et perfectionnements⁴⁵.

Classiquement, les clauses qui, dans l'hypothèse d'une faillite, aménagent le sort des contrats en cours sont classées au sein de la première catégorie.

Dans la cause qui a donné lieu à l'arrêt du 11 février 2010 de la cour d'appel d'Anvers, on retrouve à l'article 27 des conditions générales les conséquences de la fin du contrat et plus particulièrement le sort à réserver aux créances après la rupture du contrat et le droit aux commissions du factor⁴⁶.

Il est ainsi prévu qu'en cas de faillite du fournisseur (ou adhérent), les montants récupérés seront reversés sous déduction d'une commission fixée à 10%, taux applicable aux recouvrements judiciaires.

10. Distinction entre obligation post-contractuelle et clause pénale. « *La clause pénale permet aux parties contractantes de déterminer, par avance et de manière forfaitaire, l'indemnisation que le débiteur devra s'il manque fautivement à son obligation.* »⁴⁷. H. De Page parle d'une « *convention sur les dommages et intérêts* »⁴⁸.

La notion d'obligation post-contractuelle renvoie, quant à elle, aux obligations imposées aux parties suite à l'extinction du contrat⁴⁹ que cette dernière résulte ou non d'un manquement du débiteur à ses obligations.

De prime abord, la tentation est grande de balayer d'un revers de la main la qualification de « clause pénale » face à une clause prévoyant le paiement d'une commission.

On est pourtant en droit de s'interroger sur les raisons qui justifient une hausse significative du taux prévu pour la commission en cas de faillite.

Les juges du fond ne s'y sont d'ailleurs pas trompés : il n'est nullement démontré que le coût du recouvrement de créances après faillite équivaudrait au coût d'un recouvrement judiciaire.

A considérer que la banque assimile la faillite à un manquement fautif du débiteur, il n'est légitimement pas exclu d'y déceler la présence d'une clause pénale déguisée.

La clause prête dès lors le flanc à la critique. La faillite est, en effet, un événement neutre qui ne peut s'assimiler à un manquement contractuel. La doctrine et la jurisprudence voient dans ces clauses pénales spécifiquement prévues pour le cas de faillite une atteinte au principe de l'égalité des créanciers⁵⁰. Partant, elles devront être privées d'effets⁵¹.

Il importe néanmoins de nuancer ce principe : la clause pénale destinée à sanctionner un manquement fautif au contrat à l'occasion de la faillite sortira tous ses effets malgré la faillite du débiteur^{52,53}.

In casu, la question de la requalification en clause pénale de la clause qui prévoit un taux de commission plus élevé pour le cas de faillite aurait, nous semble-t-il, pu être soulevée.

11. Subsistance des obligations post-contractuelles en cas de faillite. En amont de cette problématique de la présence d'une éventuelle clause pénale, se pose la question de l'anéantissement ou non d'une obligation post-contractuelle lors de la survenance d'une faillite. Nul ne remet en effet en cause la subsistance des obligations post-contractuelles lorsque le contrat prend fin par sa voie normale. Quid néanmoins lorsque le contrat prend fin pour une cause anormale ? La doctrine n'est guère prolifique⁵⁴ et le Code civil reste indigent. Les parties pallient généralement ce silence par l'insertion de clauses contractuelles précises et détaillées. Une nouvelle question surgit toutefois : le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle ne sera-t-il pas énérvé par la survenance d'une faillite ?

⁴⁴ C. DELFORGE, « Le contrat d'outsourcing », in *G.U.J.E.*, Titre IX, Livre 94, Waterloo, Kluwer, p. 59.

⁴⁵ M. FONTAINE, *op. cit.*, pp. 161 et s. ; P. WÉRY, « Le contrat : sa modification, sa transmission, sa suspension et son extinction », *op. cit.*, pp. 36 et s.

⁴⁶ L'arrêt recèle peu de précisions sur l'antériorité ou non du transfert de créances par rapport au jugement déclaratif de faillite.

⁴⁷ P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 685, n° 694.

⁴⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., 1967, p. 150, n° 117 cité par P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 687, n° 696.

⁴⁹ B. KOHL, *op. cit.*, p. 444.

⁵⁰ Voy. M.-C. ERNOTTE, *op. cit.*, p. 177 ; P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 696, n° 705 ; Comm. Charleroi, 16 février 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 147 ; Mons, 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 15.

⁵¹ Pour les différentes sanctions à l'égard des clauses pénales : voy. P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, pp. 685-725, n°s 694-748.

⁵² P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 696, n° 705 et jurisprudence citée ; Cass., 10 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, n° 488, p. 973, *J.L.M.B.*, 1987, p. 137, obs. CLP., *R.W.*, 1986-1987, col. 818 ; Mons, 9 janvier 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1383, obs. L.-M. HENRION, *R.R.D.*, 1991, p. 283 ; Mons, 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 15 et s. Voy. cependant P. COPPENS et F. T'KINT, « Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges (1984 à 1990) », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 374-375, n° 50 et « Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges (1991 à 1996) », *R.C.J.B.*, 1997, p. 208, n° 35.

⁵³ Voy. dans le même sens, I. VEROUSTRATE, *op. cit.*, p. 428.

⁵⁴ P. Wéry épingle tout de même l'étude de P.-H. Antonmattéi consacrée à la force majeure où une réponse ponctuelle est apportée (P. WÉRY, « Le contrat : sa modification, sa transmission, sa suspension et son extinction », *op. cit.*, p. 58). Voy. également P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 953, n° 1030.

Dans l'affaire soumise à la cour d'appel d'Anvers, bien qu'une commission d'affacturage de 10% fut expressément

prévue par les parties contractantes pour le cas de faillite, le sort à réserver à cette dernière reste incertain.

IV. ARTICULATION DES ARTICLES 16 ET 46 DE LA LOI SUR LES FAILLITES

12. Article 46 de la loi sur les faillites : le sort des contrats. L'article 46 de la loi sur les faillites consacre le principe de la continuité des contrats en cours. Il reste toutefois muet sur les conséquences du maintien du contrat. Le sort à réserver aux clauses du contrat⁵⁵ suite à sa dissolution n'est pas davantage précisé.

Plusieurs hypothèses doivent être envisagées.

Premièrement, lorsque le contrat est poursuivi, il est généralement admis⁵⁶ que le curateur sera tenu d'en respecter les clauses⁵⁷. Ce principe n'est toutefois pas aussi limpide qu'il n'y paraît. Tout d'abord, le statut du curateur pose question (voy. *infra*, n°14). En outre, la poursuite de l'exécution du contrat ne sera pas synonyme d'« identité de rapport contractuel ». L'ouverture d'une situation de concours fait ainsi obstacle à l'exercice normal des droits des créanciers^{58,59} ; le jugement déclaratif de faillite peut affecter les droits et obligations des parties^{60,61}. Certaines clauses, notamment différents pactes commissaires exprès et clauses de résiliation unilatérale, prévues spécifiquement pour le cas de faillite, ne pourront être mises en œuvre⁶².

Deuxièmement, lorsque le curateur se prévaut du droit de résiliation tel que délimité par les récents arrêts de la Cour de cassation⁶³, certains pourraient être amenés à y déceler une tendance favorable à l'autonomie de la volonté et à la subsistance des obligations post-contractuelles. La doctrine majoritaire⁶⁴ soutient, par exemple que, lorsque le curateur recourt à son pouvoir de résiliation, une indemnité de rupture du contrat peut être due au cocontractant évincé en vertu de dispositions légales spécifiques. Cette solution est consacrée, d'une part, par les arrêts rendus par notre Cour suprême en 2004 et 2008⁶⁵ et, d'autre part, par la Cour constitution-

nelle dans la réponse qu'elle apporte à la deuxième question préjudicielle dont elle fut saisie à propos de l'article 46 de la loi sur les faillites⁶⁶. La prudence reste toutefois de mise⁶⁷. L'indemnité de rupture visée dans les affaires soumises à la Cour n'était pas de nature contractuelle mais résultait de dispositions législatives. Le sort d'une clause qui prévoit un taux supérieur par rapport au taux généralement appliqué pour les commissions d'affacturage après faillite pose donc question.

La troisième hypothèse vise la situation où le contrat prend fin par l'effet d'une condition résolutoire. Les conséquences de cette dissolution de plein droit restent incertaines. Malgré l'insertion de l'article 46, siège de la matière de l'exécution des contrats en cas de faillite, de nombreuses questions restent donc encore en suspens. Les principes énoncés ci-avant ne fournissent malheureusement aucune réponse expresse. Dire qu'il faut trouver les réponses à ces questions au sein de l'article 16 de la loi sur les faillites est néanmoins un pas que nous n'oserions franchir.

13. Article 16 de la loi sur les faillites. Dans l'affaire déferée à la cour d'appel d'Anvers, cette dernière tire argument de l'article 16 de la loi sur les faillites pour faire échec à l'application d'une commission de 10%.

La cour décide ce qui suit :

« Uit die wetsbepaling volgt dat de handelaar geen overeenkomsten vermag te sluiten die gelden voor handelingen die zullen gesteld worden tijdens de vereffening van de failliete boedel.

« Dienvolgens kunnen de contractpartijen bij een overeenkomst van factoring niets bedingen aangaande het percen-

^{55.} Notamment les clauses qui prévoient des obligations post-contractuelles.

^{56.} A. ZENNER et I. PEETERS, *op. cit.*, *J.T.*, 2004, p. 883 ; I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 344.

^{57.} E. DIRIX, « Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijke reorganisatie », in X., *Curatoren en vereffenaars : actuele ontwikkelingen II*, Anvers, Intersentia, 2010, p. 153 : « *Voor cherry picking is er geen plaats. De curator moet de overeenkomst nemen zoals ze is* ».

^{58.} C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden », *T.P.R.*, 1998, p. 496.

^{59.} Voy. F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », *op. cit.*, pp. 191-262.

^{60.} C.-A. LEUNEN, *op. cit.*, *T.P.R.*, 1998, p. 496.

^{61.} On pense, par exemple, à l'art. 22 de la loi sur les faillites qui prévoit que le jugement déclaratif de faillite rend exigibles les dettes du failli ou encore à l'arrêt du cours des intérêts conformément à l'art. 23 de la même loi. En outre, les clauses pénales, clauses de compensation et clauses de réserve de propriété figurant au contrat ne sortiront leurs effets que pour autant qu'elles respectent différentes exigences spécifiques (voy. not. art. 101 de la loi sur les faillites relatif à l'opposabilité de la clause de réserve de propriété).

^{62.} Voy. F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », *op. cit.*, pp. 191-262.

^{63.} Cass., 24 juin 2004, R.G. n° C.02.0416.N, *Pas.*, 2004, n° 354, p. 1130, *R.D.C.*, 2005, pp. 241-245 ; Cass., 10 avril 2008, R.G. n° C.05.0527.N, *Pas.*, 2008, n° 215, p. 860, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1588, *T. Not.*, 2009, p. 201, note. F. BOUCKAERT, *N.J.W.*, 2008, liv. 184, p. 494, note P. COUSSEMENT.

^{64.} T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANQUEN, M. DREESSEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 62.

^{65.} Voyez la mention « *sans préjudice des droits découlant alors, pour le contractant de la faillite, en raison de l'inexécution du contrat* ».

^{66.} C.A., 10 décembre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 253, note H.R., *R.W.*, 2005-06, pp. 52 et s.

^{67.} A propos du débat qui anima doctrine et jurisprudence, voy. F. GEORGE, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », *op. cit.*, pp. 191-262.

tage van het inningsrecht dat aan de factor zal toekomen voor inningen die hij zal doen na het faillissement. (...)

Bijgevolg kan Fortis zich niet op contractueel beding beroepen dat het inningsrecht bepaalt in geval van faillissement van haar contractpartij.

Dit beding is strijdig met art. 16 Faill.W. en bindt de curator niet ».

L'article 16 dispose, en son § 1^{er}, que « [l]e failli, à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite, est **dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens**, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite. Tous paiements, opérations et actes faits par le failli, et tous paiements faits au failli depuis ce jour sont inopposables à la masse ».

La cour d'appel déduit de cette disposition que le commerçant en faillite ne peut conclure aucun accord relativement à des actes qui seront accomplis durant la liquidation de la masse après faillite. La stipulation d'un taux de 10% en

faveur du factor à titre de commission sur des factures récupérées après faillite est dès lors prohibée. Selon la cour d'appel, le factor ne peut se prévaloir d'une clause contractuelle qui détermine une commission d'affacturage en cas de faillite de son cocontractant, car la clause est contraire à l'article 16 et ne lie pas le curateur. La réponse donnée par la cour laisse perplexe.

F. T'Kint et W. Derijcke circonscrivent l'étendue de l'article 16 comme suit : « *Le patrimoine du commerçant reste ce qu'il est là où il est, mais il est désormais réservé exclusivement à l'apurement des créances déclarées et, à cette fin, géré et administré par le curateur* »⁶⁸. L'article 16 ne dit rien de plus. Bien que la question du sort du contrat découle de la règle de l'article 16^{69,70}, ce dernier article n'apporte aucune précision quant au sort à réserver aux contrats et aux clauses qu'ils comportent.

La cour s'écarte ainsi de la portée communément donnée à l'article 16 de la loi sur les faillites.

V. STATUT DU CURATEUR, FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT ET OPPOSABILITÉ DE SES EFFETS EXTERNES

14. Introduction. Le sort des contrats en cours est régi par l'article 46 de la loi sur les faillites. Telle était bien la volonté du législateur en 1997. Il faut toutefois admettre l'inanité de cet article lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité et l'opposabilité d'une clause insérée dans un contrat qui a pris fin par la réalisation d'une condition résolutoire.

Un retour sur les principes de la relativité des conventions et de l'opposabilité des effets externes du contrat aux tiers constitue un passage obligé pour mieux appréhender les enjeux en présence.

15. Principe de la relativité des conventions et de l'opposabilité aux tiers des effets externes du contrat. « Le droit de créance est un lien de droit entre deux personnes déterminées qui permet à son titulaire de réclamer d'une personne déterminée l'accomplissement d'une prestation. (...) Le droit réel confère, par contre, à une personne – le titulaire du droit – des prérogatives plus ou moins étendues sur une chose »⁷¹.

La relativité qui caractérise le droit de créance (le créancier ne peut réclamer son dû qu'à son débiteur) se distingue de la question de son opposabilité aux tiers⁷². L'article 1165 du

Code civil dispose que « [l]es conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ». Bien que cet article érige en principe fondamental la relativité des conventions, il « *ne doit pas être pris au pied de la lettre* »⁷³ : les effets externes de la convention sont opposables aux tiers⁷⁴. En effet, « *le contrat est un fait social, une réalité nouvelle qui s'impose aux tiers. Le contrat est ainsi opposable aux tiers, mais aussi opposable par ceux-ci (...)* Cette opposabilité aux tiers opère de plein droit, ipso facto, du seul fait de l'échange des consentements des parties »⁷⁵. Sont ainsi opposables aux tiers non seulement l'existence d'une convention et ses effets mais également les clauses contractuelles qu'elle comporte⁷⁶.

En l'espèce, on s'interroge sur le principe à appliquer. Le curateur à l'égard duquel le factor se prévaut d'une clause, est-il partie ou tiers à la convention ?

16. Force obligatoire ou opposabilité des effets externes du contrat conclu par le failli au curateur ? La réponse à cette question est tributaire du statut que l'on attribue au curateur. On parlera de force obligatoire du contrat si on con-

⁶⁸ F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 212-213, n° 214.

⁶⁹ C.-A. LEUNEN, *op. cit.*, T.P.R., 1998, p. 495 ; F. T'KINT et W. DERIJCKE, *op. cit.*, pp. 216-217, n°s 222-224.

⁷⁰ Dans la mesure où l'administration des biens du failli est confiée au curateur, c'est à ce dernier qu'incombera la gestion de la faillite et spécifiquement la poursuite ou non des contrats en cours.

⁷¹ P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 17, n° 6.

⁷² *Ibid.*, p. 17, n° 6.

⁷³ *Ibid.*, p. 863, n° 922.

⁷⁴ F. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 88.

⁷⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 864, n° 923.

⁷⁶ Voy. *ibid.*, pp. 870-871, n°s 932-933.

sidère le curateur comme partie au contrat souscrit par le failli. Il sera, par contre, question d'opposabilité si on lui attribue la qualité de tiers⁷⁷. La réponse peut paraître sibylline quand on sait que « [l]a position juridique du curateur est sans doute l'une des questions les plus délicates du droit de la faillite »⁷⁸! En effet, on enseigne traditionnellement que le curateur a une double qualité, agissant tantôt comme ayant cause du failli, tantôt au nom de la masse des créanciers⁷⁹. On peut toutefois relever un abandon progressif, par la Cour de cassation, de la formule de la double représentation⁸⁰. La Cour semble lui préférer la qualification de *mandataire judiciaire* qui exerce dans l'intérêt, tant de la masse des créanciers que du failli, les pouvoirs déterminés par la loi. Ainsi, la tendance consiste actuellement à considérer le curateur davantage comme « l'organe désigné par la loi pour administrer et liquider un patrimoine qui se trouve soumis à un statut particulier »⁸¹. On n'oserait à ce stade rompre une lance en faveur de l'une ou l'autre théorie.

Les réponses apportées en doctrine sur le statut du curateur ne sont guère plus éclairantes. L'utilisation éparse des différents concepts attestent de l'incertitude qui plane en la matière.

- A. Zenner et I. Peeters fondent leur position sur l'article 46 de la loi sur les faillites. Ce dernier aurait pour corollaire que « *s'il (le curateur) ne décide pas de ne pas exécuter une convention, le curateur ne peut exercer les droits qui en découlent pour le failli que selon les modalités, dans les conditions et sous les restrictions qui auraient pu être opposées*⁸² au failli lui-

même »⁸³. Partant, ils prônent la continuation des contrats malgré la faillite en toutes leurs clauses ;

- I. Verougstraete rappelle qu'« [i]l est de tradition de distinguer selon les cas où le curateur agit en tant que *'représentant'*⁸⁴ du failli et ceux où il agit aux droits de la masse. Dans le premier cas, les actes accomplis par le failli leur sont *opposables*⁸⁵ au motif que le curateur est considéré fictivement comme ayant cause du failli. Dans le second cas, le curateur est considéré comme un *tiers*⁸⁶. En fait la loi détermine les effets des actes accomplis par le curateur et il est assez simple de le déduire du texte lui-même de la loi. Le curateur agit aux droits du failli ou comme *'représentant du failli'* notamment dans les cas suivants : (...) il exécute les contrats en cours⁸⁷ (...) Le curateur agit aux droits de la masse, notamment dans les cas suivants : (...) lorsqu'il agit en reconstitution du patrimoine en poursuivant une déclaration d'inopposabilité d'actes accomplis en fraude ou pendant la période suspecte (...) ; lorsqu'il refuse de reconnaître une vente »^{88,89}.

Le souci de pragmatisme l'a clairement emporté sur la recherche d'une application rigoureuse des principes du droit des obligations. Les notions d'« opposabilité », de « relativité », de « représentation » et de « tiers » s'entremêlent sans grande cohérence. On fait, par exemple, encore appel à la double qualité du curateur pour justifier les différentes solutions⁹⁰. « *Ce qu'il faut retenir concrètement, c'est que si les curateurs entendent se prévaloir d'une opération du failli, ils doivent en accepter toutes les conséquences* »⁹¹.

77. Voy. F. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, op. cit., pp. 86 et s. pour la distinction entre effets internes et effets externes du contrat.

78. F. T'KINT et W. DERIJCKE, op. cit., p. 309, n° 420. Voyez sur la question du statut du curateur, A. VAN HOOREBEKE, « Des caractères juridiques de la fonction de curateur de faillite », *J.C. Fl.*, 1930, n° 5067 ; J. EGGENS, « Over de vertegenwoordigingspositie van de faillissementscurator », *W.P.N.R.*, 1940, n° 3684, pp. 329-332 ; A. DISCART, « Het mandaat van de curator van een faillissement », *R.W.*, 1964-65, col. 897-908 ; E. DIRIX, « Het janushoofd van de curator » (note sous Anvers, 13 février 1996), *R.W.*, 1996-97, pp. 1162-1163 ; W. DERIJCKE, « La position juridique du curateur : un entérinement d'une révolution taxinomique » (obs. sous Cass., 29 octobre 2004), *Rev. prat. soc.*, 2004, pp. 159-162, n° 6911 ; W. DERIJCKE, « De rechtspersoonlijkheid van de failliete boedel. Een lans voor een pijp », in X, *Liber spei et amicitiae. Liber Amicorum Ivan Verougstraete*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 297-304.

79. Voy. S. BAR et C. ALTER, « Les effets du contrat », in X, *Obligations. Traité théorique et pratique*, 2002, pp. 40-44, II.1.7. 1. ; P. COPPENS et F. T' KINT, « Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges (1997-2003) », 1^{ère} partie, *R.C.J.B.*, 2003, pp. 615-617, nos 15-16.

80. Cass., 28 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, n° 475, p. 972, *R.C.J.B.*, 1986, p. 708, note Ph. GERARD ; Cass., 2 mai 1994, *Pas.*, 1994, I, n° 210, p. 429, *R.W.*, 1994-95, p. 861 et Cass., 16 février 1995, *Pas.*, 1995, I, n° 93, p. 182, *Arr. Cass.*, 1995, p. 182, n° 93, cités par S. BAR et C. ALTER, « Les effets du contrat », in X, *Obligations. Traité théorique et pratique*, 2002, p. 41, II.1.7. 1. 40 et s. Voy. égal. Cass., 5 décembre 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 532, p. 1355, *Arr. Cass.*, 1997, n° 532, p. 1289, *J.T.*, 1998, p. 231, *R.C.J.B.*, 2000, p. 20, note T. BOSLY, *R.W.*, 1998-99, p. 817, note, *T.R.V.*, 1998, p. 268, note J. VANANROYE, *R.D.C.*, 1998, pp. 198 et 523 cité par F. T'KINT et W. DERIJCKE, op. cit., p. 311, n° 421.

81. F. T'KINT et W. DERIJCKE, op. cit., p. 310, n° 421. Voy. égal. C. VAN BUGGENHOUT et J. DE VOS, « De voortzetting van de overeenkomsten door de curator : het cassatiearrest van 24 juni 2004 », in X, *Curatoren en vereffenaars : actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, p. 625.

82. Nous soulignons.

83. A. ZENNER et I. PEETERS, op. cit., *J.T.*, 2004, p. 883.

84. Nous soulignons.

85. Nous soulignons.

86. Nous soulignons.

87. L'auteur vise en outre les hypothèses suivantes : poursuite des activités commerciales du failli, actes de conservation, réalisation d'actifs, *actio mandati*, recours fiscal, continuation des procédures en cours.

88. L'auteur vise en outre les hypothèses suivantes : contestation d'une créance ou d'un privilège, opposition à revendication, action en responsabilité contre des tiers.

89. I. VEROUGSTRAETE, op. cit., p. 344.

90. A tout le moins, on distingue les rapports entre le curateur et les créanciers des rapports entre le curateur et le failli (S. BAR et C. ALTER, op. cit., pp. 41-43).

91. A. ZENNER et I. PEETERS, op. cit., *J.T.*, 2004, p. 867.

La doctrine est toutefois muette lorsque le contrat n'est pas poursuivi. Elle ne vient pas combler les incertitudes soulevées ci-avant. La survivance d'une condition résolutoire et son impact sur la subsistance d'obligations post-contractuelles restent dans un flou juridique.

En l'espèce, le curateur n'a pas entendu poursuivre la convention de factoring. Plus exactement, cette dernière fut dissoute par la réalisation d'une condition résolutoire. Le contrat n'a survécu, en réalité, que pour sa liquidation. La question est toujours identique : le curateur doit-il subir toutes les conséquences fixées contractuellement par le failli et son cocontractant pour cette survie temporaire ?

17. Retour à la double qualité du curateur ? Lorsqu'il poursuit l'exécution des contrats, les nécessités de la pratique et la sécurité juridique veulent que le curateur soit tenu d'en respecter les clauses. On aperçoit en filigrane et à l'appui de cette solution sa qualité de représentant du failli.

A contrario, lorsque le contrat n'est pas poursuivi, cette qualité de représentant du failli pourrait lui être déniée⁹². Dans cette dernière hypothèse, le curateur, qui est saisi par le jugement déclaratif de faillite de la gestion et de l'administration du patrimoine du failli, agit plutôt, selon l'enseignement traditionnel, aux droits de la masse. Il est donc tiers à la convention conclue. Si l'on suit cet enseignement, il pourrait paraître cohérent de faire échec à l'application d'un taux fixé uniquement à son encontre (le taux de 10% ne s'applique qu'à la suite de la faillite). Il ne s'agit toutefois que d'un pis-aller.

VI. VALIDITÉ ET OPPOSABILITÉ DES MÉCANISMES DE DROIT DES OBLIGATIONS

18. Introduction. En marge de la question de la force obligatoire ou non du contrat, se pose la question de la validité des clauses et mécanismes stipulés ainsi que de leur opposabilité⁹³.

Bien que la cour d'appel d'Anvers n'ait pas été amenée à trancher la question, les développements récents en la matière justifient les considérations que nous y consacrons.

19. Validité. La validité d'une obligation post-contractuelle ne fait pas l'objet de grands débats. Quoi de plus normal en effet pour les parties que de régler la fin de leurs relations ? Là où la subsistance de ce genre d'obligations

D'une part, on pourrait répliquer, dans le cadre de l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 11 février 2010 de la cour d'appel d'Anvers, que le curateur représente le failli pour l'exécution d'obligations post-contractuelles. D'autre part, la qualification de « mandataire judiciaire qui exerce dans l'intérêt, tant de la masse des créanciers que du failli, les pouvoirs déterminés par la loi » retenue par la Cour de cassation nous oblige à formuler les présentes observations sous toutes réserves.

Si l'on retient la qualification de tiers, on peut affirmer qu'eu égard aux principes susmentionnés, le contrat restera opposable dans ses effets externes. Nous renvoyons pour le surplus *infra* (point VI, nos 20 et s.).

A l'inverse, si l'on retient la qualification de représentant du failli, on se demandera si toutes les clauses qui ont vocation à s'imposer au curateur postérieurement à la dissolution du contrat et rédigées expressément à cette fin, pourront lier celui-ci.

La cour d'appel d'Anvers, dans l'arrêt qui fait l'objet du présent commentaire, n'a pas jugé utile d'opérer de détour en distinguant selon le statut du curateur. La cour d'appel interprète l'article 16 de la loi sur les faillites comme prohibant la conclusion d'accords relativement à des actes qui seront accomplis durant la liquidation de la masse après faillite. Ce faisant, elle attribue à l'article 16 une portée large et générale qui ne lui a jamais été reconnue.

pose toutefois question, c'est lorsque le contrat prend fin autrement que par sa voie normale (voy. *supra*, n°11). La validité d'une obligation post-contractuelle prévue pour le cas de faillite n'a, à notre connaissance, pas encore fait l'objet d'une étude approfondie.

20. Opposabilité du contrat de factoring⁹⁴. *In casu*, le contrat n'est pas poursuivi. On pourrait dès lors être tenté de reconnaître au curateur, sous toutes réserves et principalement celle relative aux obligations post-contractuelles⁹⁵, la qualité de tiers. *A priori*, les effets externes du contrat sont et resteront opposables au curateur. Ainsi, selon P. Van

⁹² Voy. P. COPPENS et F. T'KINT, « Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges (1997-2003) », *R.C.J.B.*, 2003, p. 616 qui citent deux arrêts rendus par la cour d'appel de Bruxelles.

⁹³ Le terme « opposabilité » fait référence aux effets externes du contrat et non à « l'opposabilité de conditions générales » qui touche aux effets internes du contrat (voy. p. ex. pour le sens d'opposabilité des conditions générales, Q. VAN ENIS, « L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line : de la suite dans les idées ? », in X, *Les conditions générales*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, pp. 9-35).

⁹⁴ La validité du contrat de factoring n'a, elle, « jamais été mise en doute » (L. SIMONT, « Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent », *op. cit.*, p. 288).

⁹⁵ Voy. les réserves et les nuances formulées *supra*, n° 17. On pourrait en effet soutenir que le curateur représente le failli pour les besoins de la liquidation du contrat (à savoir uniquement les obligations post-contractuelles). Dans cette hypothèse, se poseront à nouveau les questions suivantes. D'une part, la clause qui a vocation à s'imposer au curateur postérieurement à la dissolution du contrat et rédigée expressément à cette fin, peut-elle lier le curateur ? La cour d'appel d'Anvers y répond dans le cas d'espèce par la négative. Elle se fonde sur l'art. 16 en attribuant à ce dernier une portée plus large que celle communément admise. D'autre part, la clause n'entrave-t-elle pas le principe de l'égalité des créanciers ?

Ommeslaghe, « [l]e principe de l'opposabilité aux créanciers, et plus particulièrement au curateur de la faillite, des actes accomplis par le débiteur se trouve également confirmé a contrario par le régime de l'inopposabilité de certains actes accomplis pendant la période suspecte (...). Si le législateur prévoit, selon des modalités spécifiques et très précisément réglées que le curateur pourrait faire déclarer inopposables à la masse certains actes accomplis en période suspecte, cela implique nécessairement qu'en principe, les actes accomplis par le futur failli, même en période suspecte, doivent être respectés par le curateur et sortissent tous leurs effets envers la masse »⁹⁶. Les contrats conclus en dehors de la période suspecte sont donc en principe opposables à la masse des créanciers^{97,98}.

Nous émettons toutefois plusieurs réserves et invitons à la prudence. Premièrement, conformément à l'article 1165 du Code civil, seuls les effets externes du contrat sont opposables. Les droits et obligations qui découlent du contrat n'ont d'effets qu'entre parties contractantes⁹⁹. Les effets externes visent l'existence même du contrat. Il s'agit de reconnaître, pour le tiers, les effets du contrat entre parties contractantes. Ce sont uniquement ces effets externes qui pourront être invoqués par ou à l'encontre des tiers¹⁰⁰. Comme le souligne I. Verougstraete, « la limite est toutefois difficile à établir, ainsi qu'en témoigne l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1985 »¹⁰¹.

En l'espèce, il paraît difficile de soutenir qu'une obligation post-contractuelle imposée, *in fine*, uniquement au curateur (la fixation d'un taux de 10% pour les commissions d'affacturage après faillite) répond à la définition d'« effets externes ». La solution serait autre si l'on reconnaissait au curateur le statut de représentant du failli pour les besoins de la liquidation du contrat (obligations post-contractuelles)¹⁰².

On voit clairement et à nouveau l'incidence prépondérante du statut du curateur lorsque le contrat est dissous¹⁰³.

Deuxièmement, bien que les effets externes de la convention soient opposables aux tiers, ce principe connaît des nuances. La survenance d'une situation de concours telle que la faillite peut avoir une incidence. Le principe de l'égalité des créanciers consacré par l'article 8 de la loi hypothécaire combiné à la règle « *pas de privilège sans texte* » de

l'article 9 de la même loi fait obstacle à certaines institutions dérivées du droit des obligations¹⁰⁴. P. Van Ommeslaghe avance d'ailleurs : « L'autonomie de la volonté ne doit être écartée au nom des règles qui régissent le concours que lorsque la convention a pour objet d'assurer au créancier un paiement préférentiel, non prévu par la loi, sur le produit de réalisation du patrimoine du débiteur »¹⁰⁵. Dans l'hypothèse où la liberté contractuelle se heurte au principe d'égalité, le créancier qui se prévaut du premier principe ne pourra être avantagé par rapport aux autres créanciers : sa créance devra être refoulée au passif chirographaire.

En l'espèce, les revendications du factor portent sur un paiement préférentiel, via le mécanisme de la compensation, par rapport aux créanciers de la masse.

Nous examinerons donc l'opposabilité à la masse des créanciers des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours et plus spécifiquement, au regard de l'arrêt discuté, la compensation au sein d'un compte courant.

21. Opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. F. T'Kint enseigne que « la règle '*pas de privilège sans texte*' est d'interprétation stricte. Elle ne fait pas obstacle à la mise en œuvre, malgré le concours des créanciers, de certains mécanismes ou institutions tenant au droit des obligations, parfois même d'origine contractuelle, qui, sans véritablement créer de sûretés, ont néanmoins pour effet d'avantager un créancier au détriment des autres »¹⁰⁶. A cet égard, on peut citer le droit de rétention, la compensation conventionnelle, la clause résolutoire expresse, ...

Peu à peu, de nombreuses garanties conventionnelles ont progressivement vu le jour en droit belge en vue d'échapper au concours. On les qualifie généralement de « sûretés issues de la pratique », « mécanismes préférentiels conventionnels », « mécanismes obligatoires de garantie » ou encore de « mécanismes conventionnels d'évitement du concours »¹⁰⁷. L'objectif du cocontractant est de recourir à la liberté contractuelle et à l'opposabilité des conventions aux tiers pour s'octroyer une « priorité » par rapport aux autres créanciers lors de la survenance d'une situation de concours. Certaines de ces garanties extra-légales furent néanmoins déclarées inopposables aux créanciers en concours. La raison est

⁹⁶. P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in A. BRUYNEEL et A.-M. STRANART (dirs.), *Les sûretés. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983*, Paris, Feduci, 1984, p. 365.

⁹⁷. I. VEROUGSTRAETE, *Traité pratique de droit commercial, Tome II, Insolvabilité et distribution*, Kluwer, 2010, p. 474.

⁹⁸. Voyez l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 7 novembre 2002 (*N.J.W.*, 2003, pp. 930-931) dans lequel la cour d'appel décide que le contrat de factoring est opposable au curateur de la masse. Voy. égal. F. VAN REMOORTEL et S. VERBEKE, *op. cit.*, p. 23.

⁹⁹. P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat, op. cit.*, p. 863, n° 922.

¹⁰⁰. *Ibid.*

¹⁰¹. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite, op. cit.*, p. 477.

¹⁰². Voy. n° 17 et note 95.

¹⁰³. La question mérite une étude approfondie qui dépasse les limites de cette contribution.

¹⁰⁴. F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 51-104, n°s 84-188.

¹⁰⁵. P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 385.

¹⁰⁶. F. T'KINT, *op. cit.*, p. 91, n° 163.

¹⁰⁷. Voy. à ce sujet, A. ZENNER et I. PEETERS, *op. cit.*, *J.T.*, 2004, pp. 865-866.

simple : elles créent une véritable sûreté réelle non prévue par la loi¹⁰⁸ et heurtent le principe de l'égalité des créanciers.

La question de l'opposabilité des mécanismes conventionnels ayant pour objectif de contourner le principe de l'égalité des créanciers n'a donc pas manqué d'animer doctrine et jurisprudence¹⁰⁹.

Nous revenons brièvement sur les grandes étapes de cette controverse « lancinante »¹¹⁰.

Les arrêts *Socol*¹¹¹ et *Sart Tilman*¹¹² font généralement office de figures de proue en la matière.

Dans le premier, la Cour de cassation « reconnaît l'opposabilité à la faillite d'une clause relative à la liquidation d'une association momentanée entre des sociétés de travaux à l'égard de l'une d'elle, associée déclarée en faillite, et de son curateur »¹¹³. D'aucuns y virent une confirmation de l'opposabilité des effets externes du contrat et ce, au mépris du principe de l'égalité des créanciers¹¹⁴.

Dans le second cas qui lui fut déféré, la Cour « sanctionne d'inopposabilité aux créanciers toute sûreté non consacrée par un texte de loi. Suivant cet arrêt, (...) la cession de créance à titre de garantie est constitutive de sûreté établie en dehors des règles légales et crée donc une préférence dépourvue de cause légitime au détriment de l'égalité des créanciers »¹¹⁵.

Cet arrêt, bien qu'il n'ait nullement tranché la question de la validité d'une cession de créance à titre de garantie¹¹⁶, est venu dans une certaine mesure sonner le glas de l'utilisation

du principe de l'autonomie de la volonté à des fins de garantie. L'arrêt *Sart Tilman* laissait toutefois de nombreuses zones d'ombre. Que recouvrait exactement le terme de « sûretés réelles » ? Quels mécanismes du droit des obligations étaient visés par ce dernier et privés d'effets ?

La saga était loin d'être terminée. Il y eut un « après Sart Tilman ». Tandis que la Cour de cassation valida, dans un arrêt du 4 avril 2003, la cession d'une somme d'argent en propriété à titre de garantie, les hauts représentants de notre Cour suprême¹¹⁷ minimisèrent, lors du rapport de la Cour au Sénat, la portée de l'arrêt *Sart Tilman*¹¹⁸. A. Zenner et I. Peeters firent du principe de l'opposabilité des « mécanismes conventionnels d'évitement du concours » un de leurs chevaux de bataille¹¹⁹. Ces auteurs n'eurent de cesse d'amenuiser la portée de l'arrêt *Sart Tilman* en rompant une lance en faveur de l'autonomie de la volonté et de l'opposabilité des effets externes du contrat aux tiers.

Ce courant doctrinal a toutefois connu récemment de nouveaux revers. D'une part, la Cour de cassation, dans son arrêt du 3 décembre 2010¹²⁰, a censuré cette conception absolue de l'autonomie de la volonté. La décision de notre Cour est sans équivoque : « Le principe de l'égalité des créanciers et les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire dérogent nécessairement aux articles 1134, 1135 et 1165 du Code civil, de sorte qu'une sûreté réelle non prévue par la loi est inopposable aux créanciers en concours. »¹²¹. La sanction retenue par la Cour assouplit la rigueur du principe et répond à des considérations pragmatiques¹²² : l'« inopposabilité ne conduit pas

¹⁰⁸. M. GRÉGOIRE et L. CZUPPER, « La garantie hors la loi ? » (note sous Cass., 3 décembre 2010), *R.D.C.*, 2011, 874.

¹⁰⁹. Voy. en faveur de l'opposabilité : P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *op. cit.*, p. 368 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Les sûretés nouvelles issues de la pratique. Développements récents », in *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1992, p. 394 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruylant, 2006, pp. 693 et s. ; A. ZENNER et I. PEETERS, *op. cit.*, *J.T.*, 2004, pp. 865-873 et 881-890. Voy. *contra* : C. BIQUET-MATHIEU et F. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 61-137 qui citent également, comme auteurs faisant partie du « courant doctrinal assez réservé quant à l'admission d'une efficacité débridée de la force des conventions », G. DE LEVAL et I. MOREAU-MARGRÈVE.

¹¹⁰. F. GEORGES, « L'inopposabilité atténuée en cas de concours de la cession de créance à titre de garantie » (note sous Cass., 3 décembre 2010), *R.G.D.C.*, 2011, pp. 498-503.

¹¹¹. Cass., 28 février 1985, *Pas.*, 1985, I, n° 390, p. 795, *J.T.*, 1986, p. 578, note Fr. T'KINT, *R.C.J.B.*, 1987, p. 571, note A. LIMPENS, *R.W.*, 1985-86, p. 997, note E. DIRIX, *R.D.C.*, 1985, p. 377, note.

¹¹². Cass., 17 octobre 1996, R.G. n° C.94.0421.F, *Pas.*, 1996, I, n° 386, p. 992, avec les conclusions de M. le proc. gén., J.-M. PIRET, alors avocat général, *Rev. banq.*, 1997, p. 114, note I. PEETERS, *J.L.M.B.*, 1997, p. 520, note ; *Rev. prat. soc.*, 1997, n° 6720, 145, note Th. BOSLY, *R.W.*, 1996-97, p. 1395, note M.E. STORME, *T. Not.*, 1997, p. 442.

¹¹³. J. WINDEY, « Les mécanismes de garantie issus de la pratique : les grands traits de leur évolution depuis 1992 », in *X, Réalités et fictions du droit des garanties. Hommage à la rigueur créative d'Anne-Marie Stranart*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 536.

¹¹⁴. P. VAN OMMESLAGHE, « Les sûretés nouvelles issues de la pratique. Développements récents », *op. cit.*, p. 394 ; J. WINDEY, *op. cit.*, p. 536 ; A. ZENNER et I. PEETERS, *op. cit.*, *J.T.*, 2004, pp. 865-873 et 881-890.

¹¹⁵. F. HEREMANS, « La cession de créance dans ses rapports avec les opérations de financement », *Dr. banc. fin.*, 2009, p. 231.

¹¹⁶. M. GRÉGOIRE et L. CZUPPER, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2011, p. 871.

¹¹⁷. Audition du premier président et du président de la Cour de cassation et du procureur général près celle-ci sur le rapport de la Cour (année 2002-03), organisée au Sénat par la Commission de la Justice le 6 janvier 2004 (voy. A. ZENNER et I. PEETERS, *op. cit.*, *J.T.*, 2004, pp. 865-873 et 881-890).

¹¹⁸. A. ZENNER et I. PEETERS, *op. cit.*, *J.T.*, 2004, pp. 865-873 et 881-890 ; F. HEREMANS, *op. cit.*, p. 232.

¹¹⁹. A. ZENNER et I. PEETERS, *op. cit.*, *J.T.*, 2004, pp. 865-873 et 881-890. Voy. aussi I. PEETERS et A. ZENNER, « Het minnelijk kantonement uitdrukkelijk erkend als een samenloopvermijdend contractueel waarborgmechanisme » (note sous Cass., 2 février 2007), *R.D.C.* 2007, 351-358.

¹²⁰. Cass., 3 décembre 2010, R.G. n° C.09.0459.N, *Pas.*, 2010, n° 712, p. 3094, *Arr. Cass.*, 2010, n° 712, p. 2884, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 497-498, note F. GEORGES, *Dr. banc. fin.*, 2011, liv. 2, p. 120, *Ius & Actores*, 2011, liv. 2, p. 261, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE, *N.J.W.*, 2010, liv. 233, p. 834, avec les conclusions de M. l'avocat général G. DUBRULLE, note V. SAGAERT, *R.W.*, 2010-11, liv. 28, p. 1177, note R. FRANSIS, *R.D.C.*, 2011, p. 866, note M. GRÉGOIRE et L. CZUPPER.

¹²¹. Voy. pour un cas d'application Civ. Liège, 23 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1776 et s., note G. DE LEVAL.

¹²². Voy. F. GEORGES, « L'inopposabilité atténuée en cas de concours de la cession de créance à titre de garantie », *op. cit.*, pp. 502-503.

à ce que la cession soit dénuée de tout effet à l'encontre des créanciers du failli, mais seulement à ce qu'elle soit traitée, à l'égard des tiers, comme un gage »¹²³. D'autre part, c'est cette solution qui fut retenue par notre législateur dans son projet de loi du 24 octobre 2012^{124,125}, projet ayant récemment donné naissance à la loi du 11 juillet 2013¹²⁶.

A côté de cette censure de principe, de nombreux textes éparés¹²⁷ viennent toutefois consacrer de manière spécifique la cession de créances aux fins de garantie, notamment la loi sur les sûretés financières du 15 décembre 2004^{128,129}.

22. Opposabilité d'un contrat de factoring analysé sous l'angle d'une garantie conventionnelle permettant d'échapper au concours ? Les garanties conventionnelles créées par la pratique peuvent être classées en deux catégories¹³⁰. La première d'entre elles renvoie à l'ensemble des mécanismes qui se fondent sur des droits réels (clause de réserve de propriété, leasing, *sale and lease back*) tandis que la seconde regroupe les garanties qui reposent sur des droits de créance (exception d'inexécution, droit de rétention, compensation, pacte comissoire exprès, ...)¹³¹.

Le factoring appartient, selon certains auteurs, à la première catégorie¹³². Il recourt, en effet, à la cession de propriété comme moyen de transfert de créance (voy. *supra*, n° 5), cession qui peut donc constituer « une garantie du paiement fait à l'adhérent »¹³³ et s'apparenter à une sûreté réelle¹³⁴. Ainsi, selon M. Grégoire, lorsque « le factor acquiert la créance et en paye le prix, sous déduction d'un escompte et de sa commission, dès le moment de la convention de cession (...), sans assumer le risque d'insolvabilité du débiteur, le contrat d'affacturage prévoit généralement que le prix ainsi versé anticipativement est récupérable auprès de l'adhérent au moment où s'avère l'irrecouvrabilité de la créance cédée.

L'analyse juridique de cette opération pourrait être, selon certains, une avance de fonds consentie par le factor à l'adhérent, garantie par une cession de la créance de l'adhérent envers son client »¹³⁵.

Partant, il est permis de s'interroger sur l'opposabilité aux tiers de ce mécanisme. Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 2010 et l'adoption de la loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières¹³⁶, l'opposabilité d'une cession de créance utilisée à des fins de garantie¹³⁷ n'est plus reconnue.

Deux hypothèses doivent préalablement être distinguées : les contrats de factoring qui impliquent une cession de créances ordinaire et ceux qui ont recours à une cession de créances à titre de garantie.

M. Grégoire et L. Czupper épinglent, dans leur récente étude¹³⁸, différents éléments permettant de qualifier la cession de créance de « garantie ». Nous les reprenons de manière synthétique. La cession de créance à titre de garantie implique le « remboursement d'un prêt ». Ce dernier n'est « pas conditionné par le montant recouvré au titre de la créance cédée ». « Le cédant n'est tenu qu'au remboursement du prêt » tandis que le « cessionnaire n'a qu'un droit temporaire sur la créance cédée » et « s'engage à restituer la créance cédée dès lors que le montant du prêt aura été remboursé ».

En l'espèce, le type de contrat de factoring et la prise en charge ou non du risque d'insolvabilité par le factor ne sont guère précisés. Nous éviterons donc un parallèle avec les faits soumis à l'appréciation de la cour d'appel d'Anvers : l'opposabilité de la cession de créance ne semblait pas prêter à discussion tandis que la volonté, dans le chef du factor, de se prévaloir du contrat de factoring comme instrument de

¹²³ Voy. M. GRÉGOIRE et L. CZUPPER, *op. cit.*, R.D.C., 2011, 870.

¹²⁴ Projet de loi modifiant le code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 2012-13, n° 2463.

¹²⁵ L'art. 73 dispose que : « [d]ans la même section 7, il est inséré un article 62 rédigé comme suit : 'Art. 62. Cession fiduciaire à titre de sûreté

Une cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage sur la créance cédée' ».

La solution retenue par le législateur semble avoir toutefois une portée plus large que celle dégagée par la Cour de cassation. Tandis que la Cour de cassation visait uniquement l'inopposabilité de la cession aux « créanciers en concours », le législateur n'a pas cru bon d'insérer cette précision.

¹²⁶ Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013. Conformément à son art. 109, la loi entrera « en vigueur à une date à fixer par le Roi, mais au plus tard le 1^{er} décembre 2014 ».

¹²⁷ Voy. F. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale*, *op. cit.*, pp. 192 et s. ; C. BIQUET-MATHIEU et F. GEORGES, *op. cit.*, pp. 84 et s.

¹²⁸ Loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 1^{er} février 2005.

¹²⁹ La loi consacre, en son art. 12, l'opposabilité en cas de concours de la cession fiduciaire portant sur des instruments financiers, des espèces ou des créances bancaires.

¹³⁰ A.-M. STRANART, *Les sûretés*, Bruxelles, E.Story-Scientia, 1992, p. 117.

¹³¹ A. ZENNER et I. PEETERS, *op. cit.*, *J.T.*, 2004, p. 866. Voy. aussi : C. BIQUET-MATHIEU et F. GEORGES, *op. cit.*, pp. 79-137.

¹³² A.-M. STRANART, *op. cit.*, p. 121 ; J. CAEYMAEX, « Les sûretés conventionnelles et légales », *G.U.J.E.*, Waterloo, Kluwer, 2003, livre 49.1., p. 45.

¹³³ A.-M. STRANART, *op. cit.*, p. 120.

¹³⁴ J. VAN BOXTAEL, « La sûreté fiduciaire », *R.G.D.C.*, 1992, pp. 217-235.

¹³⁵ M. GRÉGOIRE, « L'affacturage », *op. cit.*, 2000, p. 301.

¹³⁶ Loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière (*M.B.*, 2 août 2013).

¹³⁷ C. Biquet-Mathieu et F. Georges faisaient déjà état de leur doute quant à l'opposabilité en cas de concours de la cession de propriété utilisée à des fins de garantie avant l'arrêt du 3 décembre 2010 de la Cour de cassation (voy. « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », *op. cit.*, p. 84).

¹³⁸ M. GRÉGOIRE et L. CZUPPER, *op. cit.*, p. 873. Voy. égal. J. SOUFFLET, « L'usage de la propriété à des fins de garantie », *op. cit.*, pp. 341 et s.

garantie n'est nullement rapportée¹³⁹. C'est davantage la compensation au sein du compte courant ouvert dans le cadre du contrat de factoring qui fut invoquée par le factor.

23. Opposabilité de la compensation du compte courant¹⁴⁰ ? Dans le litige qui fait l'objet du présent commentaire, le factor vient compenser les montants reçus des débiteurs pour le compte de l'adhérent et les montants qui lui sont dus par ce dernier à titre de commission. Cette compensation présente également un effet de garantie¹⁴¹, d'où surgit encore la question de son opposabilité à la masse des créanciers.

L'article 1298 du Code civil dispose que « *la compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers* ». La compensation (conventionnelle, légale et judiciaire) lors de la survenance d'une situation de concours est, par conséquent, en principe prohibée¹⁴². Différentes dérogations furent toutefois admises en jurisprudence¹⁴³ ou instaurées par le législateur¹⁴⁴. Ainsi, la compensation entre obligations réciproques est admise¹⁴⁵, d'une part, « *chaque fois qu'il existe entre les dettes réciproques une relation tellement étroite, un "lien d'interdépendance" (...) tels qu'il ne serait guère acceptable de faire obstacle à la fonction de garantie qu'elle remplit incontestablement* »¹⁴⁶ et, d'autre part, « *lorsque la créance et la dette sont comprises dans un compte unique et indivisible* »¹⁴⁷. Un compte courant appartient à cette dernière catégorie^{148,149}. Il constitue « *le résultat d'une convention par laquelle les parties ont entendu porter en compte l'ensemble des créances nées de leurs relations d'affaires afin d'en faire masse, en en suspendant la liquidation jusqu'à la clôture du compte. La compensation est ici inhérente au mécanisme même du compte courant mis en place par les parties (...). Même si la clôture du compte a pour cause la faillite d'une des parties, la compensation*

générale s'opérera indépendamment de la faillite, dans la mesure où la convention de compte courant a été valablement conclue préalablement à la faillite, la compensation constituant la conséquence nécessaire de cette convention »¹⁵⁰.

Plusieurs critiques sont toutefois émises à l'encontre de la notion d'indivisibilité du compte courant et, par conséquent, du mécanisme de la compensation au sein de ce dernier¹⁵¹. Ainsi, M. Grégoire estime que « *la question des effets du compte courant à l'égard de la masse des créanciers d'un des ayants compte, tombé en faillite, est (...) étrangère à celle de la compensation après faillite, entre dettes connexes* ». Elle justifie sa position comme suit. D'une part, « *les créances et les dettes, introduites dans le compte courant, s'éteignent simplement par paiement, au moment de leur inscription, et non par compensation* ». D'autre part, « *le paiement du débit par le crédit du compte ne s'effectue pas après la faillite, mais au plus tard à l'instant même de sa survenance, le compte étant de plano clôturé dès le jugement déclaratif* »¹⁵². On remarque, en l'espèce, que la compensation invoquée par le factor s'est opérée bien après le jugement déclaratif de faillite. Or, « *la déclaration de faillite a pour effet d'arrêter le compte courant au jour de la faillite ; le compte courant comprendra toutes les opérations faites jusqu'au jour de la faillite* »¹⁵³. La question mériterait à nouveau de plus amples développements qui dépassent notre propos.

24. Conclusion. L'arrêt rendu par la cour d'appel d'Anvers a le mérite de soulever des questions délaissées jusqu'ici en doctrine et en jurisprudence.

Le sort à réserver aux obligations post-contractuelles en cas de faillite constitue l'exemple par excellence.

¹³⁹. Le caractère lacunaire des faits relatés dans l'arrêt empêche toute interprétation à cet égard.

¹⁴⁰. Voy. sur le compte courant et la faillite, la détermination des actifs issus du compte courant, couverts par la saisie collective qu'entraîne la faillite ainsi que les opérations en cours au moment de la faillite, M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge, op. cit.*, pp. 205-207, nos 307, 308 et 310 ; P. BECUE, *op. cit.*, p. 802.

¹⁴¹. F. GEORGES, *La saisie de la monnaie scripturale, op. cit.*, p. 148.

¹⁴². *Ibid.*, p. 150.

¹⁴³. *Ibid.*, pp. 150 et s.

¹⁴⁴. La loi du 15 décembre 2004 a bouleversé les principes applicables à la compensation conventionnelle. La doctrine majoritaire (voy. not. M. GRÉGOIRE et V. DE FRANQUEN, « La loi sur les sûretés financières et la compensation », in *Sûretés et procédures collectives*, Liège, Anthémis, 2008, pp. 7-22) voit dans l'art. 14 de la loi la consécration de l'opposabilité de la compensation conventionnelle malgré la survenance d'une situation de concours pour autant que, premièrement, les dettes à compenser existent avant la survenance du concours et, deuxièmement, que la convention de netting ait été conclue antérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La loi du 26 septembre 2011 (*M.B.*, 10 novembre 2011) a toutefois restreint sensiblement le champ d'application de cette disposition.

¹⁴⁵. Cette position ne fait toutefois pas l'unanimité en doctrine (voy. N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation » (note sous Cass., 15 octobre 1999), *R.C.J.B.*, 2001, pp. 171-203).

¹⁴⁶. F. T'KINT, *op. cit.*, p. 93, n° 168.

¹⁴⁷. *Ibid.*, p. 94. Voy. égal. : F. T'KINT et W. DERIJCKE, « Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite », in *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite. Les lois du 17 juillet et 8 août 1997*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 182.

¹⁴⁸. Voy. F. T'KINT, *op. cit.*, p. 94 ; M. FORGES, S. MENSCHAERT, « Compensation », in X, *Obligations. Traité théorique et pratique*, volume 2, Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 13.

¹⁴⁹. Voy. sur la compensation au niveau du compte courant, F. T'KINT, obs. sous Gand, 15 septembre 1991, *Rev. prat. soc.*, 1992, pp. 109 et s., n° 6597.

¹⁵⁰. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, obs. sous Liège, 15 octobre 2002, *R.D.C.*, 2004, p. 141.

¹⁵¹. M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge, op. cit.*, p. 197, n° 299.

¹⁵². M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge, op. cit.*, p. 205, n° 307.

¹⁵³. I. VEROGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite, op. cit.*, p. 449.

La problématique de l'incidence d'une faillite sur les clauses pénales vient également se greffer au présent arrêt. En filigrane, on retrouve encore et toujours la controverse qui oppose les partisans de la liberté contractuelle¹⁵⁴ aux fervents défenseurs du principe de l'égalité des créanciers¹⁵⁵. Enfin, le caractère spécifique et varié des contrats d'affactu-

rage permet de nombreuses considérations propres au factoring : opposabilité à la masse des créanciers du contrat de factoring analysé sous l'angle de cessions de créances à titre de garanties et opposabilité d'une compensation au sein d'un compte courant. Une kyrielle de questions qui débouchent sur de nombreuses incertitudes.

¹⁵⁴ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *op. cit.*, pp. 345-393 ; M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, *op. cit.*, pp. 154-270 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Les grandes tendances de l'évolution du droit des obligations conventionnelles lors des trente-cinq dernières années », *T.P.R.*, 2001, pp. 357-372 ; A. ZENNER et I. PEETERS *op. cit.*, *J.T.*, 2004, pp. 865-873 et 881-890.

¹⁵⁵ I. MOREAU-MARGREVE, *Evolution du droit et de la pratique en matière de sûretés*, Commission droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 77 et s. ; G. DE LEVAL, « Opposabilité d'une convention tenant lieu de cantonnement sur exécution provisoire » (note sous Mons, 20 juin 1989), *Ann. dr. Lg.*, 1990, pp. 70-72 ; F. GEORGES, « Les droits des créanciers confrontés à une procédure collective : vers une inexorable érosion de la théorie du concours ? » (note sous Cass., 15 octobre 2004), *R.C.J.B.*, 2007, p. 259 ; C. BIQUET-MATHIEU et F. GEORGES, *op. cit.*, pp. 61-137.