

## Note

***La déclaration anticipée d'excusabilité, un supplice de Tantale?***David Pasteger<sup>1</sup>**I. LES FAITS ET LA PROCÉDURE À L'ORIGINE DE L'ARRÊT ANNOTÉ**

1. Le demandeur en cassation est déclaré en faillite par jugement du 11 avril 2003. Par l'adoption de la loi du 20 juillet 2005<sup>2</sup> modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites<sup>3</sup>, le législateur avait offert au failli la possibilité de demander au tribunal qu'il statue, 6 mois au plus tôt après l'ouverture de la procédure, et donc avant la clôture de celle-ci, sur la question de l'excusabilité. Le demandeur en cassation profite de cette opportunité nouvelle et obtient, le 28 mars 2006, sa déclaration d'excusabilité anticipée. Alors que les opérations de la faillite se poursuivent, notamment en raison d'une contestation de créance dont eut à connaître la Cour de cassation, le père du failli décède en 2009.

Les curateurs sont fortuitement avisés de l'existence de la succession en juin 2011. Soulignant que le dessaisissement du failli au profit de la curatelle, organisé par l'article 16 de la loi, ne prend fin qu'à la clôture de la faillite, les curateurs estiment que les actifs recueillis dans la succession doivent profiter à la masse des créanciers. Arguant de l'excusabilité anticipée qui lui a été accordée avant l'ouverture de la succession, le failli rétorque que les actifs successoraux échappent au dessaisissement et doivent, par conséquent, lui échoir.

2. Le tribunal de commerce de Liège est saisi du litige à l'initiative conjointe des parties. Par jugement du 21 mai 2013, la juridiction consulaire commence par indiquer que « *la loi est claire – même si elle aboutit à une solution extrêmement inefficace et en contradiction avec l'essence même du concept d'excusabilité – et ne prévoit pas que les actifs échus au failli après son excusabilité anticipée lui reviennent* ». Les attendus suivants, qui mettent encore en exergue l'inconsistance entre *ratio legis* et effets concrets du mécanisme de l'excusabilité anticipée, méritent d'être repro-

duits. Après avoir indiqué que l'excusabilité ne vise que la situation passive du failli qui reste en état de faillite jusqu'à la clôture, le tribunal ajoute que « *le système mis en place ne consiste donc pas en une cristallisation des actifs au moment de l'octroi éventuel de l'excusabilité anticipée qui permettrait la constitution d'une masse active alors que le failli excusé pourrait disposer de son patrimoine propre à partir de cette date. Cette situation peut paraître heurtante à plus d'un titre dans la mesure où la clôture de la faillite peut être retardée pour des motifs radicalement étrangers au failli lui-même (...). Le fresh start voulu par le législateur lorsqu'il a instauré l'excusabilité anticipée peut ainsi, comme en l'occurrence, rester extrêmement théorique (le failli excusé pourra difficilement entamer une nouvelle activité commerciale ou salariée, il n'obtiendra pas de crédit compte tenu des incertitudes liées à sa situation ou sera dans une situation incertaine s'il acquiert un immeuble) jusqu'à la clôture de la faillite. C'est cependant ce qu'implique l'application de la loi dans son état actuel* ». La décision est frappée d'appel.

3. Dans son arrêt du 3 octobre 2013<sup>4</sup>, la cour d'appel de Liège relève d'abord que le dessaisissement du failli concerne tous les biens de ce dernier et, aux termes de l'article 16 de la loi, « *même ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite* ». Ayant préalablement rappelé que c'est la clôture de la faillite qui met fin au dessaisissement du failli quant à ses biens<sup>5</sup>, la cour en conclut que, « *tant que la faillite n'est pas clôturée, les biens nouveaux échoient à la masse nonobstant la décision d'excusabilité anticipée qui n'a pas d'effet patrimonial immédiat* ». Adoptant ensuite, dans une version édulcorée, les motifs précités des premiers juges, la cour d'appel confirme le jugement *a quo*.

**II. L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION**

4. Le pourvoi du débiteur failli devant la Cour de cassation est articulé autour d'un moyen unique issu d'une lecture combinée des articles 16, 80, alinéas 2 et 5, et 82, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi sur les faillites.

Pour mémoire, suivant l'article 16, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi, à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite, le failli est « *dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en*

<sup>1</sup>. Assistant à l'Université de Liège, substitut du procureur du Roi de Liège.

<sup>2</sup>. *M.B.*, 28 juillet 2005.

<sup>3</sup>. *M.B.*, 28 octobre 1997, ci-après « la loi ».

<sup>4</sup>. Liège, 3 octobre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 703, note D. PASTERGER, *D.A. O.R.*, 2014, p. 93.

<sup>5</sup>. La cour cite à cet égard, I. VEROUĞSTRAETE (dir.), *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 417.

état de faillite ». L'article 80 de la loi précise la procédure d'excusabilité. Son alinéa 2 indique que le tribunal statue, en principe, sur l'excusabilité au moment d'examiner la clôture de la faillite. L'alinéa 5 de l'article 80, inséré par la loi du 20 juillet 2005, autorise toutefois le failli à solliciter son excusabilité, de manière « anticipée », dès que 6 mois se sont écoulés depuis l'ouverture de la procédure. Enfin, l'article 82 précise, en son alinéa 1<sup>er</sup>, les effets de l'excusabilité: le failli « ne peut plus être poursuivi par ses créanciers ».

Après avoir rappelé ces dispositions légales, le demandeur en cassation en propose une exégèse originale: accorder au failli, avant la clôture de la procédure, son excusabilité supposerait « nécessairement la constatation de la fin du dessaisissement résultant de l'article 16 à partir de la date accordant l'excusabilité ». Il souligne également que retenir une autre interprétation reviendrait à priver de tout effet l'excusabilité accordée anticipativement, dans la mesure où, suivant l'article 82, à compter de celle-ci, le failli ne peut plus être poursuivi par ses créanciers<sup>6</sup>.

5. A ces griefs, la Cour de cassation offre une réponse succincte, mais dépourvue de toute ambiguïté, qui ne peut qu'être approuvée: « Il ne résulte pas [des dispositions légales précitées] que lorsque le tribunal prononce l'excusabilité du failli avant d'ordonner la clôture de la faillite, les biens qui échoient au failli postérieurement à cette décision sont exclus de l'actif de la faillite ».

C'est ici le prétendu lien de nécessité entre, d'une part, la déclaration anticipée d'excusabilité, avec pour corollaire l'interdiction faite aux créanciers de poursuivre encore le failli, et, d'autre part, la fin du dessaisissement que dénonce la Cour.

C'est ici le prétendu lien de nécessité entre, d'une part, la déclaration anticipée d'excusabilité, avec pour corollaire l'interdiction faite aux créanciers de poursuivre encore le failli, et, d'autre part, la fin du dessaisissement que dénonce la Cour.

### III. L'EXCUSABILITÉ ANTICIPÉE NE MET PAS FIN AU DESSAISISSEMENT DU FAILLI

6. La portée du dessaisissement est énoncée par l'article 16, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi. Dès l'ouverture de la faillite, le débiteur est dessaisi de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui, comme en l'espèce, à l'occasion d'une succession recueillie en cours de procédure, peuvent lui échoir quand il est encore en état de faillite. L'objectif est d'empêcher le failli de modifier la consistance de l'actif ainsi que du passif cristallisé au jour de la faillite, assurant ainsi un traitement égalitaire des créanciers. Comme l'enseigne I. Verougstraete, les effets du dessaisissement sont absolus: « tous les biens du failli constituent, sauf les exceptions expressément prévues par la loi, un patrimoine d'affectation dont l'administration est confiée au curateur. »<sup>7</sup>.

Ainsi, échappent uniquement au dessaisissement les biens énoncés aux alinéas 2 à 4 de l'article 16, c'est-à-dire: (1) les biens insaisissables en vertu de l'article 1408 du Code judiciaire (sauf les biens indispensables à la profession du failli qui, par exception à l'art. 1408, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, sont inclus à l'actif de la faillite), (2) la quotité insaisissable, conformément aux articles 1409 à 1412 du Code judiciaire ou en vertu de lois particulières, des montants, sommes et paiements que le failli recueille à partir de la déclaration de la faillite (les reve-

nus de la nouvelle activité professionnelle du failli viennent par conséquent, on y reviendra<sup>8</sup>, enrichir l'actif de la faillite) et (3) les indemnités accordées au failli pour la réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite.

7. Par ailleurs, l'article 16 précise que le dessaisissement perdure « tant que [le débiteur] est en état de faillite ». Or, seule la clôture de la faillite met un terme à l'état de faillite et, par voie de conséquence, au dessaisissement du failli<sup>9</sup>. Analysant l'article 444 du Code de commerce de 1807<sup>10</sup>, Cloquet enseignait déjà que « le dessaisissement s'explique, dit-on<sup>11</sup>, par une présomption légale de fraude. La mesure était en tous cas indispensable pour rendre efficaces toutes les autres dispositions de la faillite »<sup>12</sup>. L'auteur ajoute qu'il s'agit d'un « phénomène éphémère » qui s'achève « avec la liquidation finale de la faillite, soit faute d'actif, soit par distribution du dernier dividende et clôture de la liquidation »<sup>13</sup>. L'actuel article 16 de la loi sur les faillites étant largement inspiré de l'ancien article 444 du Code de commerce, les commentateurs de la loi du 8 août 1997 confirment cette analyse<sup>14</sup>. Le corollaire est que tout bien qui vient à échoir au failli ou tout revenu promérité par ce dernier entre l'ouverture et la clôture de la procédure est, dans les limites des alinéas 2 à 4 de

6. Sur ce point, voy. *infra*, n<sup>os</sup> 10 et s.

7. I. VEROUGSTRAETE (dir.), *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 414.

8. Voy. *infra*, n<sup>os</sup> 14 et s.

9. Sauf si la faillite est rapportée dans le cadre d'une opposition ou d'un appel. Le jugement ou l'arrêt qui met à néant ou réforme le jugement déclaratif de faillite met fin au dessaisissement (voy. I. VEROUGSTRAETE, *o.c.*, p. 417).

10. Tel que modifié par la loi du 18 avril 1851, abrogée par la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

11. L'auteur cite les références suivantes: FREDERICQ, t. VII, pp. 74 et 76, t. VIII, p. 186; VAN RYN, t. IV, p. 2669; Comm. Liège, 4 février 1911, *J.T.*, 1911, p. 770.

12. A. CLOQUET, *Les Nouvelles*, t. IV, « Les concordats et la faillite », Bruxelles, Larcier, 1975, p. 396, n<sup>o</sup> 1387. Pour remonter plus loin, dans la mesure où l'actuel article 16 de la loi du 8 août 1997 est directement issu de l'article 444 du Code de commerce de 1807, voy. A. CH. RENOARD et J. BEVING, *Traité des faillites et banqueroutes*, 1851, Bruxelles, Librairie du Panthéon Classique et Littéraire, n<sup>o</sup> 74, p. 164.

13. A. CLOQUET, *Les Nouvelles*, t. IV, « Les concordats et la faillite », Bruxelles, Larcier, 1975, p. 398, n<sup>o</sup> 1398.

14. Voy. not. I. VEROUGSTRAETE, *o.c.*, p. 417; F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 203; A. ZENNER, *Dépistage, faillites & concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 360.

l'article 16, affecté par le dessaisissement et est donc, en principe du moins, acquis à la masse<sup>15</sup>.

**8.** Depuis la loi du 20 juillet 2005, le débiteur failli peut solliciter et obtenir une déclaration d'excusabilité bien avant la clôture de la faillite. L'article 82 précise les effets d'une telle excusabilité: le failli « *ne peut plus être poursuivi par ses créanciers* ». Ainsi, les dettes du failli qui n'auraient pas été intégralement apurées par la curatelle lors de la clôture de la faillite se voient, à défaut d'être purement et simplement effacées, placées à l'abri de toutes voies d'exécution mues par les créanciers. Il subsiste tout au plus, dans le chef du failli, une obligation naturelle pour le solde de ses dettes.

La déclaration d'excusabilité ne concerne donc, comme le soulignait à juste titre le tribunal de commerce dans l'espèce commentée, que « *la situation passive du failli* » et, comme l'ajoutait la cour d'appel de Liège, si cette déclaration intervient de manière anticipée, elle « *n'a pas d'effet patrimonial immédiat* »<sup>16</sup>.

Il ne pourrait, dans l'acception actuelle des notions de « masse » et de « dessaisissement » en aller autrement. Comme rappelé ci-dessus, la création d'une masse, patrimoine d'affectation que la principale mission du curateur consiste à administrer et liquider, est le corollaire direct et nécessaire du dessaisissement du failli. La fin de ce dessaisissement est donc inextricablement liée à l'achèvement, par le curateur, des missions imposées par son mandat judiciaire. Soutenir, comme le demandeur en cassation, que l'excusabilité anticipée met fin au dessaisissement revient à priver le curateur de la possibilité d'exercer sa mission légale. En ce qu'il rejette ce moyen, l'arrêt annoté de la Cour de cassation ne peut être qu'approuvé.

**9.** Cette jurisprudence n'est pas neuve. Ainsi, la cour d'appel de Gand disait-elle déjà pour droit, le 15 juin 2009, que « *l'excusabilité anticipée ne remplace pas la clôture de la faillite et maintient intactes les activités de réalisation du curateur concernant les biens qui étaient présents dans la masse de la faillite au moment du jugement d'excusabilité anticipée* »<sup>17</sup>. Cette position a, depuis lors, été confirmée à diverses reprises<sup>18</sup>. De même, le 12 mars 2007, le juge des

saisies de Charleroi jugeait que la déclaration anticipée d'excusabilité ne prive pas le créancier premier inscrit de poursuivre la réalisation de l'immeuble hypothéqué qui fait partie de l'actif de la faillite<sup>19</sup>.

On trouve la seule voix quelque peu discordante de cette jurisprudence sous la plume du tribunal de commerce de Liège dans un jugement prononcé le 24 avril 2007<sup>20</sup>. Particulièrement prudents, les juges avaient estimé que, « *si l'on applique strictement l'article 82 de la loi sur les faillites, les créanciers, par l'effet de l'excusabilité, sont privés de leurs droits de poursuite, ce qui implique que le curateur ne pourrait plus, lui non plus, exercer ce droit de poursuite et ne pourrait donc plus terminer sa mission dont le paiement aux créanciers. Devant cette incertitude, le tribunal estime devoir adopter une mesure de prudence et considérer que la demande d'excusabilité anticipée est prématurée* ».

**10.** La circonspection du tribunal est aisément compréhensible<sup>21</sup>. En effet, on a longtemps enseigné<sup>22</sup> que le curateur est affublé d'une « double casquette », agissant tantôt en qualité de « représentant du failli » – par exemple lorsqu'il poursuit les activités commerciales du failli, exécute les contrats en cours ou encore réalise les éléments d'actifs de la faillite – et tantôt en qualité de « représentant » des créanciers. Si, par l'effet de l'excusabilité anticipée, le curateur se retrouvait subitement à la tête d'une masse de créanciers dépourvus de toute faculté de poursuivre le débiteur, demeurerait-il en mesure d'achever sa mission, à savoir réaliser les actifs en vue d'en distribuer le produit à des créanciers désormais muselés?

Cette question procède, à notre sens, d'une mauvaise lecture des notions de dessaisissement et, surtout, de « représentation » des créanciers. Si le statut exact du curateur recèle encore de nombreuses zones d'ombres, la doctrine moderne, s'appuyant sur plusieurs décisions de la Cour de cassation<sup>23</sup>, s'accorde à considérer que la notion civile de représentation est impropre à qualifier la relation entre le curateur et les créanciers du failli. La curatelle a en effet égard à une multitude d'intérêts (failli, travailleurs, actionnaires, Etat, etc.) dont la somme, qui dépasse l'intérêt des seuls créanciers, doit être prise en compte dans la mission

<sup>15.</sup> En ce sens, P. et T. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions », in C. BIQUET-MATHIEU (dir.), *Sûretés et procédures collectives*, C.U.P., vol. 100, 2012, p. 118; I. VEROUSTRATE, *o.c.*, pp. 417 et s.; M. VANMEENEN, « Le nouveau régime de décharge des personnes qui se sont constituées sûretés personnelle et d'excusabilité », *R.D.C.*, 2005, p. 889.

<sup>16.</sup> Liège, 3 octobre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 703, note D. PASTEGER.

<sup>17.</sup> Gand, 15 juin 2009, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2010, p. 24 et Comm. Gand, 11 mai 2007, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2007, p. 261.

<sup>18.</sup> Comm. Verviers, 12 avril 2010, R.G. n° A/09/821, *inédit*, disponible à l'adresse suivante: [www.juridat.be/tribunal\\_commerce/verviers/images/1204.0821.pdf](http://www.juridat.be/tribunal_commerce/verviers/images/1204.0821.pdf) et l'arrêt qui confirme ce jugement, Liège, 6 septembre 2011, 2010/RG/925, *inédit*, disponible à l'adresse suivante [www.juridat.be/tribunal\\_commerce/verviers/images/0609.0925.pdf](http://www.juridat.be/tribunal_commerce/verviers/images/0609.0925.pdf); Liège, 5 juin 2012, 2011/RG/1307, *inédit*, disponible à l'adresse suivante [www.juridat.be/tribunal\\_commerce/verviers/images/0506.1307.pdf](http://www.juridat.be/tribunal_commerce/verviers/images/0506.1307.pdf).

<sup>19.</sup> Civ. Charleroi (sais.), 12 mars 2007, *R.R.D.*, p. 461.

<sup>20.</sup> Comm. Liège, 24 avril 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 342, note M. VANMEENEN.

<sup>21.</sup> En ce sens, voy. M. VANMEENEN, « Zin of onzin van de vervroegde verschoonbaarheid » (note sous Comm. Bruges, 15 octobre 2007), *R.D.C.*, 2008, pp. 345 et s.

<sup>22.</sup> Cass., 10 décembre 1925, *Pas.*, 1925, I, p. 106; Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 112 et concl. P. LECLERCQ.

<sup>23.</sup> Cass., 2 mai 1994, C.93.0118.F, *Pas.*, 1994, I, p. 429; Cass., 16 février 1995, C.94.140.F, *Pas.*, 1995, I, p. 182; Cass., 5 décembre 1997, C.96.0306.F, *Pas.*, 1997, I, p. 1355.

d'administration et de liquidation de la masse<sup>24</sup>. Ainsi, le curateur n'exerce pas ses prérogatives en qualité de représentant ou de mandataire des créanciers<sup>25</sup>. Il est l'administrateur d'une masse dont l'intérêt ne se réduit pas aux intérêts individuels et égoïstes des créanciers. Sa mission est d'ordre public; il est « l'organe désigné par la loi pour administrer et liquider un patrimoine qui se trouve soumis à un statut particulier »<sup>26</sup>. Si le curateur agit ponctuellement « aux droits de la masse »<sup>27</sup>, c'est principalement lorsqu'il conteste une créance, poursuit l'inopposabilité d'actes accomplis pendant la période suspecte ou encore assigne un tiers en responsabilité. Par conséquent, l'interdiction des poursuites qui, par le jeu de l'excusabilité mine, les créanciers n'affecte pas le curateur. Son droit d'action ne découle pas d'un pouvoir de représenter des créanciers muselés mais bien des conséquences légales du dessaisissement du failli.

Par ailleurs, l'excusabilité paralyse uniquement, aux termes de l'article 82 de la loi, les *poursuites* des créanciers dirigées contre le failli. Or, le curateur n'exerce guère, à proprement parler, d'actions de poursuite envers le failli, sauf dans des cas marginaux comme, par exemple, lorsqu'il se constitue

partie civile dans le cadre d'une procédure pénale mue contre le failli.

On ne peut, en conséquence, qu'adhérer à la lecture de l'article 82 de la loi retenue par le tribunal de commerce de Liège, dans un jugement du 1<sup>er</sup> avril 2014, lorsqu'il dit pour droit que « l'effet de cette excusabilité n'est pas d'empêcher le curateur de réaliser les actifs existants au moment de la faillite ou à échoir au failli jusqu'à la clôture mais d'empêcher les créanciers (existants au moment de la faillite) de poursuivre **après la clôture de la faillite** »<sup>28</sup>. Les poursuites individuelles des créanciers sont en effet suspendues conformément aux articles 24 et 25 de la loi, tandis que le curateur n'est pas affecté par la décision d'excusabilité. Relevons par ailleurs que la solution qu'avait adoptée le même tribunal, par jugement précité du 24 avril 2007, à savoir de reporter l'examen de l'excusabilité anticipée à la date de la clôture de la faillite, revenait, *de facto*, à priver de toute utilité la réforme de la loi du 20 juillet 2005 qui avait spécifiquement entendu offrir au failli la possibilité de voir son excusabilité prononcée avant la clôture de la faillite.

#### IV. RATIO LEGIS V. EFFETS CONCRETS DE LA DÉCLARATION ANTICIPÉE D'EXCUSABILITÉ

**11.** Si, comme on l'a souligné, l'excusabilité anticipée ne peut avoir pour effet de mettre fin au dessaisissement du failli et donc à la mission du curateur, ni faire échapper à la masse les biens ou revenus qui échoient au failli en cours de procédure, ni encore interdire au curateur d'agir contre le failli par la voie, notamment, d'une constitution de partie civile, alors, à quoi peut-elle bien servir?

La réponse à cette question impose un détour par l'examen de la *ratio legis* de la réforme du 20 juillet 2005 en ce qui concerne l'excusabilité anticipée.

##### a. L'objectif de l'excusabilité anticipée

**12.** Inspiré par le droit américain<sup>29</sup>, le législateur du 8 août 1997 a estimé que, lorsque le failli a fait preuve de probité, aussi bien dans la gestion de son entreprise commerciale qu'au cours de la procédure de faillite, l'intérêt général com-

mande de lui offrir l'opportunité de prendre un « *fresh start* », ou « nouveau départ », en vue de sa réinsertion dans le circuit économique. Ainsi affranchi du solde du passif, le débiteur peut envisager sereinement une nouvelle activité professionnelle dont les revenus échapperont aux poursuites des créanciers qui n'ont pu être désintéressés par la procédure collective.

La procédure d'excusabilité ne vise pas seulement à protéger les intérêts personnels du failli mais également, dans l'esprit du législateur de 1997, l'intérêt général<sup>30</sup>, mieux servi par un ancien failli qui a réintégré le marché de l'emploi plutôt qu'une personne découragée par la perspective d'un passif qu'une vie entière de labeur ne permettra peut-être pas d'apurer. L'impact économique du *fresh start* n'a d'ailleurs pas échappé à la Commission européenne qui, dans une communication du mois de décembre 2012 intitulée « Nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises »<sup>31</sup>, identifiait cette

<sup>24</sup> Voy. I. VEROUSTRATE (dir.), *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 342.

<sup>25</sup> A. ZENNER, *Dépistage, faillites & concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 328.

<sup>26</sup> F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 309.

<sup>27</sup> Voy. I. VEROUSTRATE (dir.), *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 344.

<sup>28</sup> Comm. Liège, 1<sup>er</sup> avril 2014, publié dans ce numéro, p. 607; dans le même sens, voy. Civ. Charleroi (sais.), 12 mars 2007, *R.R.D.*, p. 461.

<sup>29</sup> S. BRIJS, « Fresh start en discharge ingevoerd in het Belgische insolventierecht: een tweede kans voor de wetgever », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 156 et s.

<sup>30</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1991-1992, n° 631/001, p. 35.

<sup>31</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social du 12 décembre 2012, Doc. n° 52-012DC0742. Voy. égal. la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité qui tend notamment à élargir le champ d'application du règlement aux procédures prévoyant la décharge des dettes des consommateurs et des indépendants qui ne satisfont pas aux critères de l'instrument actuel (voy. le nouveau considérant 9bis et les art. 1 et 2 de la proposition de règlement).

« seconde chance » offerte aux entrepreneurs en difficulté comme une « action clef », propre à lutter contre l'actuelle crise économique et à améliorer le fonctionnement du marché intérieur.

13. Lors de l'élaboration de la loi du 20 juillet 2005, seconde « loi de réparation » de la loi sur les faillites<sup>32</sup>, c'est à une proposition d'amendement du 24 juin 2005, déposée par C. Marinower, enrichie à la faveur d'une nouvelle proposition du 30 juin 2005, adoptée ensuite à l'unanimité par la Chambre des représentants<sup>33</sup>, que l'on doit l'insertion d'un alinéa 5 à l'article 80 de la loi sur les faillites aux termes duquel: « six mois après la date du jugement déclaratif de faillite, le failli peut demander au tribunal de statuer sur l'excusabilité ».

Les travaux préparatoires précisent la *ratio legis* de cette nouvelle faveur accordée au failli: « les procédures interminables finissent par exclure de la vie économique et professionnelle la personne faillie, sans que celle-ci bénéficie de l'excusabilité. Pendant le déroulement de la faillite et lors de la liquidation de celle-ci, le failli se trouve, en tout état de cause, dans l'incertitude. Une faillite qui comporte des actifs réalisables peut durer de longues années. En revanche, une faillite sans actifs, qui est clôturée par manque d'actifs, se règle beaucoup plus vite: le jugement d'excusabilité peut alors être rendu beaucoup plus tôt; l'indépendant peut être libéré immédiatement de ses dettes; il peut se lancer sans attendre dans une nouvelle activité indépendante ou travailler comme salarié sans craindre une saisie de ses recettes ou de ses revenus. Pour mettre fin à cette discrimination, il faut déplacer le moment auquel le juge se prononce sur l'excusabilité. Il est injuste de devoir attendre la clôture définitive de la faillite pour obtenir le jugement d'excusabilité »<sup>34</sup>.

Dans l'état actuel des textes légaux et de la jurisprudence, confirmée par l'arrêt de la Cour de cassation annoté, il faut constater que la majeure partie de ces objectifs, ainsi qu'il sera indiqué dans les lignes qui suivent, ne sont pas rencontrés.

## b. Difficultés liées à la nouvelle activité professionnelle du failli

14. Il est acquis, de très longue date<sup>35</sup>, que rien n'interdit au débiteur de reprendre, dès le lendemain du jugement déclaratif de faillite, une nouvelle activité professionnelle salariée ou indépendante. Le failli y est au contraire vivement encouragé. Laisser entendre, comme les travaux préparatoires précités, que c'est seulement l'excusabilité anticipée qui permet au failli de se lancer dans une nouvelle activité prête par conséquent à confusion.

Toutefois, puisque le dessaisissement persiste, comme souligné, jusqu'à la clôture de la faillite, le failli reste, pendant cette période, privé de l'administration de son patrimoine. Il n'est en principe plus en mesure de conclure seul les engagements nécessaires à sa nouvelle activité. Pour prévenir cet écueil, la rigueur du dessaisissement a, de longue date, trouvé un tempérament, d'origine toute prétorienne, qui affranchit le failli de la tutelle du curateur pour l'autoriser à conclure de tels engagements. Il a ainsi été reconnu au failli, par exception à l'article 24, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi, le droit d'ester en justice et de soutenir seul les procédures relatives à ses nouveaux engagements professionnels<sup>36</sup>.

15. Conformément à l'article 16, alinéa 1<sup>er</sup> et alinéa 3, de la loi, les nouveaux revenus, sommes ou paiements recueillis par le failli tombent, jusqu'à la clôture de la faillite, dans l'escarcelle du curateur. Comme l'indiquent à juste titre l'arrêt annoté et les décisions *a quo*, une éventuelle déclaration d'excusabilité anticipée n'y fait nullement obstacle. Ces revenus viennent donc enrichir, tant que la procédure n'est pas clôturée, l'actif de la faillite, à tout le moins pour tout ce qui excède la quotité insaisissable. Il a d'ailleurs été jugé que, s'il se procure des revenus supérieurs au minimum insaisissable, c'est au failli qu'il « appartient d'en rendre compte au curateur et de lui en verser le résultat net revenant à la masse des créanciers »<sup>37</sup>. Par un arrêt du 7 décembre 2006, la cour d'appel de Liège a d'ailleurs refusé au failli le bénéfice de l'excusabilité au motif, notamment, qu'il avait omis de renseigner la curatelle sur la nouvelle rémunération perçue<sup>38</sup>.

Une question s'impose dès lors. Comment le failli peut-il prendre un « nouveau départ » s'il ne dispose, jusqu'à la clôture de la faillite, compte tenu du dessaisissement, d'aucun bien ou revenu<sup>39</sup>? Il est piquant de constater que le législa-

<sup>32</sup> Après la loi du 4 septembre 2002 (*M.B.*, 21 septembre 2002).

<sup>33</sup> *Voy. Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n<sup>os</sup> 1811/004, 1811/05 et 1811/07.

<sup>34</sup> *O.c.*, p. 9.

<sup>35</sup> *Voy. not. Cass.*, 17 janvier 1939, *J.C.B.*, 1939, p. 377; *Cass.*, 4 octobre 1979, *J.C.B.*, 1981, p. 247; *Cass.*, 25 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1363; *Mons.*, 13 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 157.

<sup>36</sup> *Cass.*, 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 227; *Comm. Namur*, 24 juillet 1984, *R.G.D.*, 1985, p. 69; *Mons.*, 15 avril 2013, *J.T.*, 2013, p. 360; *Mons.*, 27 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 772.

<sup>37</sup> *Mons.*, 15 avril 2013, *J.T.*, 2013, p. 360. *Voy. aussi Comm. Bruxelles (Prés.)*, 21 mars 2005, *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 409; *Civ. Bruges*, 16 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 387.

<sup>38</sup> Liège, 7 décembre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 441.

<sup>39</sup> M. VANMEENEN, « De faillissementswet op de valreep aangepast: wie geen aangifte doet, is gezien! », *R.D.C.*, 2005, p. 997.

teur, à travers les travaux préparatoires des modifications successives de la loi sur les faillites, ne cesse de marteler que le failli doit être encouragé à se relancer au plus tôt dans la vie active et le circuit économique, le cas échéant *via* une nouvelle activité commerciale, alors que le failli reste dépourvu de toute ressource nécessaire à de nouveaux investissements et « incapable » d'engranger des revenus.

L'aporie ainsi mise en exergue peut heureusement être relativisée. Il est en effet de pratique courante, comme l'enseigne I. Verougstraete, que « *le curateur abandonne au failli, sur les biens acquis grâce à sa nouvelle industrie et qui profitent à la masse, tout ce qui est nécessaire à la subsistance du failli et de sa famille* »<sup>40</sup>. En contrepartie, le failli renonce à réclamer au curateur le secours alimentaire prévu par l'article 48 de la loi. C'est évidemment au curateur d'apprécier quels montants sont nécessaires à l'entretien du failli et de ses proches. Si les nouveaux revenus du failli lui sont, dans la pratique, souvent entièrement délaissés par la curatelle, force est de reconnaître que cette attitude libérale est parfois infléchie au gré des usages et de la personnalité des curateurs de faillite.

**16.** Le failli étant ainsi libre de se livrer, malgré son état de faillite, à une nouvelle activité, on ne peut évidemment exclure l'éventualité que, son commerce périlicant derechef, ne se creuse un passif postérieur au jugement déclaratif de faillite. Quel serait, dans ce cas, le sort des nouveaux créanciers du failli?

Le passif issu d'obligations nées après l'ouverture de la faillite ne pourra pas être produit à la faillite en qualité de dettes « dans la masse »<sup>41</sup>. En principe<sup>42</sup>, il ne peut pas plus être qualifié de dette dite « de la masse », qui serait payée par préférence à toutes les autres dettes, faute d'être contractée par le curateur *qualitate qua* en vue de l'administration ou de la liquidation de la faillite<sup>43</sup>. Il s'agit donc de dettes indépendantes de la masse; elles ne pourront être exécutées sur l'actif de la faillite. Or, la faillite n'étant pas clôturée, toutes saisies ou voies d'exécution à l'égard du failli restent, en principe, suspendues. Les créanciers sont-ils dès lors astreints à attendre, le cas échéant pendant plusieurs années, la clôture de la faillite pour retrouver la possibilité de recou-

vrer leur créance? Ceci reviendrait à rendre plus précaire encore l'hypothèse d'un nouveau départ réussi du failli. En effet, qui s'aventurerait à conclure un engagement avec un failli en sachant que, s'il ne s'exécute pas volontairement, aucune mesure d'exécution forcée ne pourra être ordonnée?

**17.** A nouveau, plusieurs nuances sont à apporter. D'abord, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 26 octobre 1987, que le dessaisissement du failli « *ne prive pas le failli du droit de se livrer pendant la faillite à de nouvelles affaires et d'acquies de cette manière d'autres biens, qui sont le gage des créanciers de la faillite, sous déduction des frais nécessités par leur acquisition et des charges qui les grèvent* »<sup>44</sup>. En d'autres termes, si un bien est acquis par le failli après l'ouverture de la faillite et que ce bien vient enrichir l'actif de la faillite, alors les créances impayées qui sont directement liées à son acquisition (vendeur non payé, prêteur ayant avancé les fonds, etc.) peuvent être recouvrées par priorité sur ce bien. Seule la valeur nette dudit bien enrichit donc la masse<sup>45</sup>. Ainsi, lorsqu'une succession vient, comme dans l'espèce annotée, à échoir au failli avant la clôture de la faillite, « *la masse n'englobe que le produit net du compte successoral* »<sup>46</sup>. C'est-à-dire que le curateur ne perçoit que le solde de la part successorale du failli après acquittement des dettes qui la grèvent et apurement des dettes du failli envers la succession.

Ensuite, on a déjà souligné que la curatelle, c'est d'ailleurs une pratique qui semble répandue, n'est pas tenue d'absorber dans la masse l'ensemble des nouveaux revenus du failli, même s'ils dépassent le minimum insaisissable. Ceux-ci, ainsi que les nouveaux biens acquis par le failli dont ne se serait pas saisi le curateur, échappent à l'actif de la faillite. Une créance née postérieurement à l'ouverture de la faillite ne pourrait-elle dès lors être exécutée sur ces biens ou revenus? Cloquet le pensait déjà en 1975 lorsqu'il enseignait, dans les *Novelles*, que, « *si le failli qui exerce une nouvelle activité durant sa faillite ne paie pas ses nouveaux créanciers, ceux-ci ne pourront prendre d'autre mesure que de saisir les biens nouveaux qu'il aurait acquis* »<sup>47</sup>. Aucune disposition de la loi du 8 août 1997 n'interdit formellement au titulaire d'une créance née après l'ouverture de la faillite

<sup>40</sup>. I. VEROUGSTRAETE (dir.), *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 492.

<sup>41</sup>. A. CLOQUET, *Les Novelles*, t. IV, « Les concordats et la faillite », Bruxelles, Larcier, 1975, p. 458; F. T'KINT, « Le sort des créances relatives à une activité nouvelle exercée par le failli après le jugement déclaratif », *J.C.D.*, 1978, p. 662; I. VEROUGSTRAETE, *o.c.*, p. 492. En ce sens, voy. Civ. Liège, 5 septembre 2013, *R.G.C.F.*, 2013, p. 443. Comp. Comm. Bruges, 15 juin 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 576.

<sup>42</sup>. Sauf, comme le suggère le tribunal de commerce de Bruges dans un jugement du 15 juin 2005, si il s'agit d'un bien ou revenu, postérieur à la faillite, mais dont s'est saisi le curateur: « *les impôts dus sur les revenus recueillis par le failli après la déclaration de la faillite et saisis par le curateur, dans les limites [saisissables], doivent être considérés comme dettes de la masse* » (Comm. Bruges, 15 juin 2005, *R.W.*, 2006-2007, p. 576).

<sup>43</sup>. Cass., 16 juin 1988 – 3 arrêts –, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 5 et s., note I. VEROUGSTRAETE, « Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillite ».

<sup>44</sup>. Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 227. Voy. J. CAEYMAEX, « Le dessaisissement du failli, principe absolu? », *J.L.M.B.*, 1988, p. 43; C. BAS-TJAENS, « L'exploitation d'un nouveau commerce par le failli avant la clôture de la faillite », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 669.

<sup>45</sup>. En ce sens, voy. F. T'KINT, « Le sort des créances relatives à une activité nouvelle exercée par le failli après le jugement déclaratif », *J.C.D.*, 1978, p. 395; I. VEROUGSTRAETE (dir.), *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 492.

<sup>46</sup>. A. ZENNER, *Dépistage, faillites & concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 290; A. CLOQUET, *Les Novelles*, t. IV, « Les concordats et la faillite », Bruxelles, Larcier, 1975, p. 449.

<sup>47</sup>. A. CLOQUET, *Les Novelles*, t. IV, « Les concordats et la faillite », Bruxelles, Larcier, 1975, p. 458.

d'agir contre le failli à titre personnel, dans la mesure où l'action n'intéresse pas la masse et ne s'apparente donc pas à une « voie d'exécution sur les meubles ou immeubles » inclus à l'actif de la faillite au sens de l'article 24, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi<sup>48</sup>. L'action ne sera donc pas opposable à la masse<sup>49</sup>,

conformément à l'article 24, alinéa 2, mais bien au failli lui-même. La créance pourrait ainsi être recouvrée sur les biens ou revenus acquis personnellement par le failli, depuis le jugement déclaratif.

## V. CONCLUSION

**18.** En offrant au failli, par la loi du 20 juillet 2005, la possibilité de solliciter son excusabilité de manière anticipée à la clôture de la faillite, le législateur poursuivait, de son propre aveu<sup>50</sup>, un triple objectif: (1) permettre au failli d'être fixé au plus tôt sur son avenir économique en mettant fin à l'incertitude qui pèse jusqu'à la décision statuant sur son excusabilité; (2) libérer immédiatement le failli de ses dettes afin qu'il puisse se lancer sans attendre dans une nouvelle activité professionnelle; et, croit-on comprendre, (3) protéger le failli d'une éventuelle saisie de ses nouveaux revenus. Pour les résumer en une phrase, il s'agissait de hâter le *fresh start* du failli.

Force est toutefois de constater que seul le premier de ces desseins est effectivement rencontré. On a déjà souligné, n'en déplaise aux rédacteurs de la loi de 2005, que la déclaration anticipée d'excusabilité n'a pas pour effet de placer les nouveaux revenus professionnels du failli à l'abri d'une éventuelle saisie. Au contraire, ces revenus viennent en principe enrichir la masse. Par ailleurs, l'excusabilité anticipée n'emporte pas la libération immédiate des dettes du failli, celle-ci n'intervenant que lorsque le dessaisissement prend fin avec la clôture de la faillite.

**19.** Cette situation, confirmée par la jurisprudence annotée, n'échappe pas aux critiques.

D'abord, exhorter, comme le législateur, le failli à reprendre au plus vite une nouvelle activité, le cas échéant de nature commerciale, alors même que son dessaisissement perdure jusqu'à la clôture de la faillite, peut paraître illusoire. Dépourvu en principe de tous biens au profit de la curatelle, même de ses biens professionnels, comment le failli pourrait-il lancer une nouvelle entreprise? Ensuite, quelle motivation pourrait trouver le failli à rechercher, par la force de son travail, de nouveaux revenus, s'il sait que la quotité saisissable de ceux-ci servira au paiement de dettes dont il sera plus tard, très probablement, libéré par le jeu de l'excusabilité?

Cette dernière question appelle un autre constat. Dans la mesure où les revenus saisissables engrangés par la nouvelle activité du failli tombent en principe dans l'escarcelle du curateur, celui-ci n'agirait-il pas dans le meilleur intérêt de la masse des créanciers en ne procédant qu'avec atermoiement aux opérations de liquidation de la faillite? En effet, plus le curateur tarde à rendre les comptes, plus l'actif se garnit des nouveaux revenus du failli et, le cas échéant, comme dans l'espèce jugée par l'arrêt annoté, de la moisson d'une éventuelle succession. Or, aucun délai n'est imposé au curateur pour achever les opérations de liquidation<sup>51</sup>.

Ce constat apparaît en porte-à-faux avec la recommandation émise, le 12 mars 2014, par la Commission européenne au sujet de « *la nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises* ». Ce texte, qui tend notamment à « *offrir une seconde chance, dans l'ensemble de l'Union, aux entrepreneurs honnêtes ayant connu la faillite* »<sup>52</sup>, invite les Etats membres à mettre en place un mécanisme de réhabilitation des entrepreneurs faillis de bonne foi qui, en substance, leur offre d'être pleinement libérés des dettes, au plus tard 3 ans après la déclaration de faillite et sans qu'une saisie de la juridiction compétente soit en principe nécessaire<sup>53</sup>.

**20.** *De lege ferenda*, on peut imaginer une voie de réconciliation entre, d'une part, le souhait du législateur belge et européen d'accélérer au maximum la réinsertion professionnelle du failli et, d'autre part, la nécessité de permettre au curateur d'achever sereinement les opérations de liquidation de la faillite. Comme le suggère le tribunal de commerce de Liège dans son jugement du 21 mai 2013, la cristallisation du passif induite par l'ouverture de la faillite pourrait être doublée d'une cristallisation de l'actif, prenant effet au jour de la déclaration d'excusabilité anticipée. Une masse active serait ainsi constituée et le mandat du curateur limité à en achever la réalisation puis la liquidation. Libéré du dessaisis-

<sup>48</sup> Voy. A. ZENNER, *Dépistage, faillites & concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 453; I. VEROUSTRATE (dir.), *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 433.

<sup>49</sup> Voy. Liège, 9 novembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 369. Comp. Bruxelles, 23 juin 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, note G. BALLON, « De aangifte van dezelfde schuldvordering in het passief van een faillissement ».

<sup>50</sup> Voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2004-2005, n<sup>os</sup> 1811/004, 1811/05 et 1811/07 et *supra*, n<sup>o</sup> 13.

<sup>51</sup> Voy. art. 79 de la loi.

<sup>52</sup> Recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à nouvelle approche européenne en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, p. 2.

<sup>53</sup> *O.c.*, p. 10, n<sup>o</sup> 30.

sement et des dettes existantes au jour de l'ouverture de la faillite, le failli retrouverait ainsi la pleine disposition de son patrimoine avant la clôture effective de la procédure.

Dans l'état actuel des textes et de la jurisprudence, le caractère anticipé de l'excusabilité s'apparente – au grand dam du législateur de 2005 et bien souvent à la grande surprise d'un failli mal informé – au supplice infligé à Tantale. Dépour-

vue, jusqu'à la clôture de la faillite, de tout effet concret à l'égard du failli, la déclaration anticipée d'excusabilité demeure, dans l'attente, un simple « brevet platonique de probité »<sup>54</sup>. On n'osera toutefois pas aboutir à des conclusions similaires pour ce qui concerne les conséquences de cette même excusabilité anticipée à l'égard, non plus du failli, mais du conjoint, ex-conjoint ou cohabitant légal de ce dernier<sup>55</sup>.

<sup>54</sup>. Comp. *exposé des motifs* de la loi du 8 août 1997, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1991-1992, n° 631/001, p. 35.

<sup>55</sup>. Le conjoint du failli, son ex-conjoint et son cohabitant légal bénéficiera, pour sa part, à notre estime, de la libération prévue par l'article 82, alinéa 2, de la loi dès l'instant où est prononcée l'excusabilité anticipée. Compte tenu de la jurisprudence récente de nos Cours suprêmes quant à l'étendue de cette libération et de ses effets, notamment, sur la garantie hypothécaire consentie par les conjoints, cette excusabilité anticipée pourrait bien demeurer une véritable aubaine pour l'époux du failli (voy. D. PASTEGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire: en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, p. 647). Une « course » entre, d'une part, le créancier hypothécaire pour la réalisation de l'immeuble gagé et, d'autre part, le failli pour la libération de son conjoint via l'excusabilité anticipée n'est, en effet, pas à exclure.