

# Sénat de Belgique

## SESSION EXTRAORDINAIRE DE 2010

5 OCTOBRE 2010

---

### Proposition de loi interprétative de l'article 46, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites

(Déposée par Mme [Christine Defraigne](#))

---

#### DÉVELOPPEMENTS

---

La présente proposition de loi reprend le texte d'une proposition qui a déjà été déposée au Sénat le 26 mai 2008 (doc. Sénat, n° 4-779/1 - 2007/2008).

1) L'article 46, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites prescrit aux curateurs de décider « s'ils poursuivent ou non l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de faillite ».

Selon l'interprétation traditionnelle de la règle en cause, appliquée depuis 1851 au moins, le curateur ne peut pour autant pas mettre fin à ces contrats sans respecter les stipulations conventionnelles ou les dispositions légales applicables. « Ne pas poursuivre l'exécution » ne veut pas dire « priver le cocontractant de ses droits ».

Le meilleur exemple concret est celui du bail: si le curateur d'un propriétaire déclaré en faillite décide de ne pas poursuivre le bail, le locataire ne pourra le contraindre à entretenir les lieux et à garantir sa jouissance; mais rien n'empêche le locataire de rester dans les lieux après la faillite du propriétaire, sans que le curateur ne puisse l'en expulser pour vendre le bien libre d'occupation à meilleur prix. Le fermier ne pourra être privé de son bail à ferme, ni le détaillant de son droit au bail commercial; après la vente du bien ils pourront faire valoir leurs droits envers l'acquéreur.

Un autre exemple est celui des intermédiaires commerciaux: le curateur d'une grande enseigne peut décider de ne pas poursuivre l'activité commerciale, mais il ne peut pas révoquer les contrats des franchisés ou des concessionnaires de vente ni les mandats des agents commerciaux sans se conformer aux règles édictées par les lois du 27 juillet 1961 ou du 13 avril 1995 en ce qui concerne les préavis ou indemnités (le règlement de celles-ci intervenant alors comme prescrit au même article 46).

Dans tous ces cas les cocontractants du failli continuent à bénéficier des droits qui sont instaurés par les lois promulguées dans le but de garantir la stabilité de leur activité.

2) Une interprétation nouvelle de la même disposition vient d'être retenue par la Cour de cassation dans un arrêt 10 avril 2008.

D'après cet arrêt, l'article 46 permet au curateur de mettre fin à un contrat en cours conclu par le failli lorsque ceci est nécessaire pour l'administration de la masse, même lorsque cette convention accorde des droits qui sont opposables à la masse.

Dans cette hypothèse, les droits des cocontractants susvisés dans les exemples qui précèdent seraient tout simplement réduits à néant.

Les conséquences socio-économiques particulièrement néfastes de pareille situation, notamment pour les agriculteurs, pour le commerce de détail, pour les franchisés ou concessionnaires de vente, pour les agents commerciaux, etc., se conçoivent aisément.

Cette interprétation nouvelle (qui revient en réalité à une modification fondamentale de la règle déposée à l'article 46):

— est contraire à celle qui a encore été consacrée par la Cour de cassation elle-même dans un arrêt du 11 avril 2005 (*infra*, n° 4);

— s'écarte de la doctrine professée il y a quelques années encore (en 2003 et 2004) par deux spécialistes éminents, M. Ivan Verougstraete, auteur d'un traité qui fait autorité, et M. E. Dirix, professeur à la KUL (voy. *infra*, n° 6);

— ne tient aucun compte des réserves manifestes de la doctrine largement majoritaire (voy. *infra*, n° 9);

— heurte la volonté du législateur telle qu'elle s'est manifestée lors de la discussion et de la rédaction de l'article 46, § 2, de la loi sur les faillites, y inséré par la loi du 15 juillet 2007 (voy. *infra*, n° 11).

Elle appelle dès lors sans délai le vote et la promulgation d'une loi interprétative.

La jurisprudence et la doctrine sous le régime antérieur

3) Il a toujours été reçu en doctrine et en jurisprudence:

— que la faillite n'entraîne pas la dissolution des contrats en cours au jour du jugement déclaratif, sauf lorsque ceux-ci sont conclus *intuitu personae* ou contiennent une clause résolutoire expresse;

— que le curateur peut choisir d'exécuter ou de ne pas exécuter les contrats en cours, selon l'intérêt de la masse et sans préjudice au droit du cocontractant de déclarer au passif dans la masse les dommages que lui cause l'inexécution (1).

Cette solution paraissait tellement aller de soi aux auteurs de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, sursis et banqueroutes, qui a régi la matière jusqu'à la réforme du droit des

procédures collective de 1997, qu'ils n'avaient pas estimé nécessaire de l'inscrire expressément dans la loi !

Toujours selon une doctrine et une jurisprudence unanimes, la faculté qui était reconnue au curateur de ne pas exécuter les contrats en cours ne lui conférait aucunement un droit de résiliation *sui generis* qui lui aurait permis de mettre fin à ces contrats en dehors des stipulations conventionnelles ou dispositions légales applicables qui auraient dû être respectées par le failli. Le curateur n'a en effet, par rapport aux contrats en cours, pas plus de droits que ceux dont disposait le débiteur avant la faillite.

Ainsi le prof. Van Ommeslaghe écrivait-il: « le droit pour le curateur de se refuser à exécuter la convention implique que celui-ci doive prêter la main à cette exécution, auquel cas il peut s'y opposer si l'intérêt de la masse le commande, sous réserve de dommages-intérêts dus au cocontractant du failli. Mais, lorsque les clauses du contrat peuvent sortir leurs effets indépendamment de toute intervention ou de toute prestation du curateur, il nous paraît que ce dernier ne pourrait (...) prétendre s'opposer à l'efficacité de la clause ... » (2) .

Sur le plan pratique, c'est dans le domaine des baux consentis par le failli que les principes en cause recevaient l'éclairage concret le plus parlant.

S'il n'était pas contesté que le curateur puisse demeurer passif et que le preneur ne pouvait l'appeler en garantie de sa jouissance, il n'était pas davantage contesté qu'il devait respecter un bail qui lui était opposable (3) et qu'il ne pouvait donc remettre en cause les droits d'un locataire en l'expulsant sans respecter les dispositions légales et les stipulations conventionnelles

Ainsi le juge de paix d'Anvers débouta-t-il par jugement du 27 juillet 1994 un curateur qui avait décidé de ne pas poursuivre un bail consenti par le failli de sa demande tendant à entendre dire pour droit que le locataire du failli occupait l'immeuble sans titre ni droit par la considération que « La faillite du bailleur qui a consenti un bail commercial avant le jugement déclaratif, ne modifie pas les droits et obligations des parties. Le curateur ne peut mettre fin à la convention à tout moment et selon ses besoins » (4) .

4) En 2005 encore, la Cour de cassation consacrait cet enseignement. Par arrêt du 11 avril 2005 elle déboutait ainsi un curateur qui, confronté à une demande de renouvellement du bail commercial consenti par la société faillie, avait réservé sa réponse en attendant des offres d'achat de l'immeuble, estimant ne pas être tenu par la procédure prévue par la loi sur les baux commerciaux. Selon l'arrêt, « la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis de paiement ne contient aucune disposition dérogatoire à l'article 14 de la loi sur les baux commerciaux » et « la bonne gestion de la faillite n'autorise pas le curateur à notifier au preneur qui demande régulièrement le renouvellement du bail une réponse émettant des réserves ou stipulant une condition résolutoire ... » (5) .

L'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites

5) L'article 46 de la loi sur les faillites du 8 août 1997 (tel qu'adopté à l'origine, mais devenu l'article 46, § 1<sup>er</sup>, depuis la loi du 15 juillet 2005) dispose que:

« Dès leur entrée en fonctions, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats en cours avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.

« La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de ce délai; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse.

« Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite ».

En adoptant ledit article 46, le législateur de 1997 n'a pas entendu se départir de la solution traditionnelle, mais il a voulu tout au contraire la confirmer en son alinéa 1<sup>er</sup> et la compléter, avec à l'esprit essentiellement aux contrats de travail, en couvrant en son alinéa 2 l'hypothèse où le curateur demeure passif et en réglant en son alinéa 3 la question de la nature du caractère de dette « de » ou « dans » la masse de l'indemnité éventuelle de résiliation due au cocontractant.

6) Aussi la doctrine s'en est-elle tenue, dans la lecture de l'article 46, à l'interprétation traditionnelle, en vigueur sous le régime antérieur, de la règle qui y est déposée.

Dès la réforme de 1997, deux grands spécialistes du droit des sûretés apportaient au sujet de la disposition en cause le commentaire suivant:

« Il est exact que le curateur a toujours le choix de poursuivre ou non l'exécution d'un contrat en cours. Cette formulation doit cependant être prise au pied de la lettre. Il a le choix de fournir ou non les prestations auxquelles le failli est obligé du chef de la convention. S'il décide cependant dans l'intérêt de la masse de ne pas fournir ces prestations, la seule conséquence en est l'existence d'une inexécution contractuelle. L'inexécution ne met cependant pas fin à la convention. C'est au cocontractant qu'il incombe de déterminer sa position en tenant compte des règles propres à la faillite. Il peut ainsi commencer par suspendre ses propres prestations sur la base de l'*exceptio non adimpleti contractus*. Il a par ailleurs le choix de laisser tout simplement le contrat inexécuté ou de poursuivre la résolution de la convention et le paiement de dommages et intérêts pour cause d'inexécution.

« Le curateur peut, en d'autres termes, refuser d'apporter son concours à la poursuite de l'exécution de la convention, mais il ne peut en nier les effets dans la mesure où ils ne nécessitent pas son concours. Quelques exemples peuvent illustrer ceci.

« En cas de faillite d'un bailleur, le curateur peut certes décider de ne pas exécuter les obligations du bailleur, mais il ne peut contraindre le preneur à quitter l'immeuble donné à bail. S'il avait pu faire cela, il aurait de cette manière pu « purger » les biens immobiliers du failli et les réaliser ensuite à de meilleures conditions, et ceci sans égard au fait que les baux soient opposables aux acquéreurs.

« Lorsque le failli a consenti une option à un tiers, antérieurement au jugement déclaratif, le curateur ne peut pas la mettre à néant en infraction à la convention. Il ne peut pas davantage

mettre fin à la licence d'un brevet accordée par le failli de manière contraire à la convention de concession, ou poursuivre le bénéficiaire de la licence pour infraction au brevet.

« Il ressort de ces exemples qu'une nouvelle réglementation qui permettrait au curateur de mettre fin à n'importe quel contrat n'est pas opportune et entraînerait au contraire des conséquences inadmissibles » (6) .

Dans une contribution sur le thème de la faillite et des contrats en cours, publiée en 2004 (7) , le prof. Dirix mettait en exergue la continuité entre le régime antérieur et le régime nouveau, et écrivait notamment:

« Le débiteur (cocontractant) pourra opposer (au curateur) toutes exceptions et moyens de défense dont il disposait contre le failli.

« Ceci n'est rien d'autre qu'une application du principe du droit des saisies que, lorsqu'un créancier entend exercer son droit de recours sur la créance qu'un débiteur a sur un tiers, il doit prendre cette créance avec toutes les limitations, conditions et modalités telles qu'elles résultent de la relation juridique en cause ... Le curateur ne peut donc, en ce qui concerne ces contrats, faire valoir plus de droits que ceux dont dispose le failli lui-même ».

S'agissant de la question plus spécifique de la faillite du bailleur d'immeuble, la doctrine continua à défendre la solution selon laquelle le curateur est tenu de respecter un bail qui lui est opposable, considérant toujours que si le locataire ne peut contraindre le curateur de son bailleur failli à garantir sa jouissance, rien ne l'empêche de rester dans les lieux après la faillite de ce bailleur, sans que le curateur ne puisse l'en expulser (8) .

Dans la dernière édition de son Manuel du concordat et de la faillite publiée en 2003, M. Ivan Verougstraete, président de la Cour de cassation, écrivait:

« Le droit d'option du curateur ne lui permettrait pas d'expulser le locataire pour ensuite vendre le bien libre d'occupation » (9) .

Dans sa contribution précitée de 2004, M. Eric Dirix, professeur à la KUL et conseiller à la Cour de cassation, défendait le même point de vue, non sans avoir souligné que la même solution prévalait en droit américain comme en droit néerlandais et en droit allemand (10) .

7) L'examen de la jurisprudence apprend que jusqu'à un jugement avant-dire droit prononcé par le tribunal de commerce de Bruxelles le 28 novembre 2002 aucun plaideur n'avait remis en cause ces solutions.

Dans l'espèce jugée par le tribunal, en revanche, le curateur d'une société qui avait consenti un bail de brasserie soutenait que l'article 46 de la loi sur les faillites (LF) lui permettait de résilier ce bail sans avoir à tenir compte de la protection de la loi sur les baux commerciaux, ce que contestait le preneur en faisant valoir que le droit d'option du curateur violait le principe d'égalité constitutionnel, mais sans mettre en cause l'interprétation de ce droit d'option proposée à tort par son adversaire !

Ainsi (mal) posé par les parties, le débat amena le tribunal, manifestement mal à l'aise devant les conséquences de l'interprétation nouvelle défendue devant lui, à soumettre la question préjudicielle suivante à la Cour d'arbitrage: « L'article 46 de la loi du 8 août 1997, interprété

comme autorisant un curateur à déroger à la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux en ne respectant pas les conditions fixées par cette loi pour pouvoir mettre fin au bail qui lie le failli au preneur, viole-t-il ou non les articles 10 et 11 de la Constitution ? »

Par arrêt du 10 décembre 2003 (11) , la Cour d'arbitrage répondit négativement par les considérations suivantes:

« Le juge a quo interroge la Cour sur la compatibilité de cette disposition avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'elle autorise un curateur à déroger à la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux en ne respectant pas les conditions fixées par cette loi pour pouvoir mettre fin au bail qui lie le failli au preneur. »

« En visant tous les contrats, y compris ceux qui sont régis par la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, le législateur prend une mesure pertinente au regard de l'objectif poursuivi, qui est d'assurer l'égalité des créanciers, donc de ne pas favoriser certains créanciers par rapport à d'autres. ».

Contrairement à ce qui a pu être affirmé, cet arrêt de la Cour d'arbitrage n'a aucunement validé l'interprétation nouvelle, car la Cour n'était pas appelée à se prononcer et ne s'est aucunement prononcée sur l'interprétation de l'article 46 L.F. qui était proposée par le tribunal de commerce de Bruxelles et qui servait de postulat à la question qui lui était posée.

En effet, conformément à la jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage, « il appartient au juge qui pose la question d'interpréter la disposition qui en fait l'objet. La Cour appréciera si la disposition légale, telle qu'elle est interprétée par ce juge, viole ou non une des dispositions constitutionnelles que l'article 107ter (142 nouveau) de la Constitution désigne comme critères de contrôle » (12) . La portée d'un arrêt de la Cour constitutionnelle est donc ainsi limitée.

8) La publication de l'arrêt de la Cour d'arbitrage eut cependant pour effet de faire prendre conscience aux curateurs de l'intérêt pour la liquidation de l'interprétation nouvelle de leur droit d'option, et, partant, de les encourager à défendre la thèse qu'ils peuvent mettre fin à des baux en cours par application de l'article 46 L.F. sans avoir à s'en tenir aux dispositions de la loi sur les baux à ferme ou sur les baux commerciaux.

Tel fut notamment le cas d'un curateur à la faillite d'une sprl Boopen, confronté lui aussi à un bail de brasserie.

Fidèles à l'interprétation traditionnelle, les juridictions de fond, dont la cour d'appel de Bruxelles, par son arrêt du 26 février 2002 (13) , refusèrent de suivre ce curateur.

Cette interprétation traditionnelle fut aussi défendue par le procureur général près la Cour de cassation dans son avis donné sur le recours formé contre l'arrêt d'appel sur la base d'une motivation malheureusement maladroite.

C'est ce qui amena la Cour de cassation, malgré l'avis contraire du ministère public, à mettre à néant l'arrêt d'appel à néant par un arrêt du 24 juin 2004 (14) , exprimé dans des termes prêtant à ce point à ambiguïté qu'il fut publié à la Revue de droit commercial belge accompagné de deux notes qui en proposaient une lecture diamétralement opposée, l'une dans

la ligne de l'interprétation traditionnelle et l'autre en rupture avec celle-ci et favorable à l'interprétation nouvelle.

9) Hormis les auteurs de ce dernier commentaire tendant à reconnaître un droit absolu de résiliation *sui generis* des baux dans le chef du curateur uniquement circonscrit par l'intérêt de la masse des créanciers de la faillite, la doctrine ne s'est pas montrée favorable à l'interprétation nouvelle.

Dans un premier commentaire consacré à l'arrêt du 24 juin 2004 dans un examen de jurisprudence, le prof. Dirix s'est borné à faire valoir que, si l'interprétation nouvelle devait être retenue, la créance du cocontractant du failli propriétaire dont le curateur romprait le bail aurait « logiquement » la qualité de créance « de » la masse (15), ce qui est évidemment antinomique avec l'intérêt de la masse visé par les adeptes de l'interprétation nouvelle.

M. Van Lembergen, examinant la question sous l'angle des contrats de financement ou de refinancement faisant appel à la technique d'engagements de loyers, a pour sa part souligné le risque découlant du même arrêt, au point de se demander si de telles sûretés présentent encore un intérêt (16). Sur le fond, l'auteur critiquait la thèse tendant à conférer au curateur un droit absolu de résiliation unilatérale, au regard notamment de l'interprétation restrictive qu'il convient de donner à la règle inscrite à l'article 1134 du Code civil selon lequel les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties, « ou pour les causes que la loi autorise ». Cette même thèse était également critiquée sur le plan de l'opportunité, puisque si la sécurité juridique afférente aux mises en gage de loyers n'était plus garantie, les créanciers, faisait valoir M. Van Lembergen, devraient recourir à la protection hypothécaire, laquelle est plus lourde et plus coûteuse.

M. Brijs a minimisé la portée de l'arrêt (17), mettant en exergue le fait que le débat avait en quelque sorte été mal posé devant la Cour de cassation.

Dans sa thèse récente sur « La saisie de la monnaie scripturale » (18), le prof. Fr. Georges considérait que « L'argument le plus convaincant formulé en faveur du maintien de l'efficacité du bail commercial réside dans la référence à l'article 1575 du Code judiciaire, qui détermine, en matière de saisie-exécution immobilière, la mesure de l'opposabilité des baux consentis par le saisi. Pourquoi un curateur devrait-il être plus favorisé qu'un créancier saisissant ? ».

Le prof. Chr. Biquet-Mathieu opinait dans le même sens, en observant que « l'on ne s'explique pas pourquoi le bail, qui s'impose au créancier saisissant (articles 1575 C. jud.), ne devrait pas de même s'imposer au curateur » (19).

Mme A. De Wilde, auteur d'une thèse récente sur la notion de dette de masse dans le droit de l'insolvabilité, relevait pareillement cette différence de traitement — *a priori* injustifiée — entre le curateur et le créancier saisissant (20). Elle critiquait en outre l'arrêt du 24 juin 2004 en ce que (i) s'agissant de l'option visée à l'article 46 L.H., le critère de « nécessité pour la bonne administration de la masse » est de nature à ouvrir la porte à des discussions sans fin et (ii) la sécurité juridique s'en trouverait mise à mal si tout locataire ou toute personne partie à un accord de cession ou de licence pouvait, en dépit du fait que son contrat est opposable au curateur, voire ses droits écartés en cas de faillite.

Selon Mme De Wilde, « même après lecture de l'arrêt de cassation du 24 juin 2004 il doit être conclu que le droit de la faillite ne comporte aucun texte légal octroyant au curateur un droit

de rupture unilatéral des contrats en cours au moment de la faillite. Ni dans les termes de l'article 46 de la loi sur les faillites, ni dans les travaux préparatoires de cette loi, ne peut être trouvé trace de pareil droit *sui generis* pour le curateur » (21) .

Dans un article consacré à la nature juridique de la monnaie scripturale, spécialement en relation avec l'opposabilité aux tiers des comptes qualifiés (22) , le prof. X. Dieux et M. Cédric Alter ont observé que si l'on devait suivre l'interprétation nouvelle maximaliste proposée de l'article 46 L.F., le curateur pourrait déclarer qu'il ne respecterait pas l'affectation donnée à un compte, dès lors que celle-ci n'aurait pas été amenée à sortir tous ses effets avant la faillite.

L'ambiguïté de l'arrêt du 24 juin 2004 (comme les difficultés que susciterait l'arrêt du 10 avril 2008 à défaut de loi interprétative) était telle qu'à l'occasion d'un cycle de cours sur le droit de l'insolvabilité organisé pour l'école Themis de formation juridique postacadémique au cours du second semestre de 2006, le prof. Dirix en fournissait une troisième lecture (23) !

Quant au prof. Fr. T'Kint et à M. Derijcke, ils mettent l'accent, dans leur récent ouvrage sur le droit de la faillite, sur le caractère « peu équitable » qui pourrait résulter de l'application de l'interprétation nouvelle l'article 46 de la loi sur les faillites, notamment dans l'hypothèse visée par la Cour de cassation: « Ainsi, on comprendra aisément qu'en cas de faillite d'un locataire, le curateur puisse ne pas poursuivre l'exécution d'un bail commercial. Mais l'inverse n'est-il pas curieux: le curateur d'un bailleur failli peut-il réellement dénoncer le bail, sans avoir à se conformer aux dispositions légales relatives aux baux, causant ainsi un préjudice sans aucun doute brutal et peut-être même fatal au commerce du preneur ? » (24) .

10) L'arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 2008 a fait néanmoins sien l'interprétation nouvelle, et ce très précisément dans les termes suivants:

« Lorsque ceci est nécessaire pour l'administration de la masse, c'est-à-dire lorsque la poursuite de la convention conclue par le failli entrave la liquidation de la masse ou l'obère anormalement, le curateur peut mettre fin par application de l'article 46 de la loi sur les faillites à un contrat en cours conclu par le failli, même lorsque cette convention accorde des droits qui sont opposables à la masse. ».

Indépendamment de la question de principe de l'interprétation du droit d'option, le praticien imaginera sans peine les difficultés d'application de notions aussi floues que celles que constituent la condition que la convention « entrave à la liquidation de la masse ou l'obère anormalement », comme l'a déjà souligné Mme De Wilde dans sa contribution précitée.

L'interprétation législative de l'article 46, § 1<sup>er</sup>.

11) L'arrêt du 10 avril 2008 méconnaît par ailleurs totalement la volonté du législateur telle qu'elle s'est exprimée à l'occasion de la discussion, de la rédaction et du vote de la loi du 15 juillet 2005.

Cette loi a inséré un nouveau paragraphe à l'article 46, dont le premier alinéa dispose que:

« Si lors de la cessation d'activités, notamment à l'occasion du jugement déclaratif de faillite, les curateurs manifestent expressément ou tacitement leur volonté de résilier les contrats de

travail existants, ils ne sont pas tenus de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation de ces contrats » (25) .

À l'origine, la proposition de loi ayant abouti à la loi du 15 juillet 2005 avait un objet limité: elle prévoyait que (i) le curateur puisse consulter le registre électronique du personnel des entreprises soumises à l'obligation d'effectuer une déclaration immédiate d'emploi (modification de l'article 10 L.F.) et (ii) que le curateur soit dispensé de l'obligation de consulter la commission paritaire avant le licenciement des travailleurs, même si ces travailleurs bénéficiaient, avant la faillite, d'une protection particulière contre le licenciement (modification de l'article 46 L.F.) (26) .

Un amendement n° 2 fut déposé (27) qui, bien qu'étant justifié par des considérations propres au droit social, proposait d'insérer les alinéas suivants, rédigés en termes généraux:

« Si lors de la cessation d'activités, notamment à l'occasion du jugement déclaratif de faillite, les curateurs manifestent expressément ou tacitement leur volonté de résilier les contrats existants, ils ne sont pas tenus de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation de ces contrats.

Toutefois, si les curateurs, en vue de la poursuite totale ou partielle ou de la reprise des activités, concluent de nouveaux contrats avec des contractants visés à l'alinéa précédent, ces derniers bénéficient des formalités et procédures applicables aux contrats résiliés pendant le temps de la poursuite des activités » (28) .

S'en suivit une discussion lors des débats parlementaires qui se situe au cœur de la problématique (29) .

Le rapporteur (30) marqua son désaccord sur l'amendement n° 2 « dans la mesure où ce dernier porte sur tous les contrats existants, alors que la proposition de loi concerne uniquement les contrats de travail ». « Son groupe », précise le rapport, « ne peut accepter l'idée qu'un curateur ne soit plus obligé, lors d'une faillite, de remplir les formalités et procédures particulières applicables en cas de résiliation de contrats autres que des contrats de travail, par exemple, les baux à loyer, les contrats de leasing ou les conventions de concession ».

L'auteur de l'amendement n° 2 répondit alors que c'était par erreur que le champ d'application de cet amendement avait été étendu à tous les contrats et proposa un amendement n° 4 (31) , à savoir un sous-amendement à l'amendement n° 2, tendant à insérer, dans les alinéas 1<sup>er</sup> et 2 de l'amendement n° 2, les mots « de travail » après le mot « contrat ».

Un autre parlementaire (32) ayant jugé « superflue » la modification proposée de l'article 46 de la loi sur les faillites ainsi limitée aux contrats de travail, il fut demandé au représentant de la vice-première ministre et ministre de la Justice si le gouvernement n'avait pas l'intention d'étendre le champ d'application de cette disposition à tous les contrats.

La réponse qui fut donnée est particulièrement intéressante:

« Le représentant de la vice-première ministre et ministre de la Justice répond qu'il existait un accord politique pour étendre le champ d'application de la disposition à l'ensemble des contrats, dès lors que l'article 46 actuel de la loi sur les faillites traite également de tous les

contrats. La Cour d'arbitrage a récemment estimé que, lorsque, dans le cadre d'une faillite, un curateur met fin à un contrat de bail commercial sans respecter la procédure spécifique prévue dans la loi sur les baux commerciaux, il ne viole pas la Constitution. Si on limitait la disposition aux contrats de travail, on pourrait *a contrario* faire le raisonnement suivant: lors de cessation de tous les autres contrats à la suite d'une faillite, le curateur est bel et bien tenu de respecter les formalités et procédures spécifiques. L'intervenant acquiesce aux amendements n°s 2 et 4, mais approfondira la possibilité d'étendre à l'avenir la disposition à tous les contrats sur la base de la jurisprudence de la cour de cassation ».

Deux constatations peuvent être retenues de cette intervention:

1° selon le représentant de la ministre de la Justice, il aurait existé un « accord politique » pour étendre à l'« ensemble des contrats » le pouvoir ainsi conféré au curateur de résilier les contrats de travail en s'affranchissant de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation de ces contrats, lequel accord aurait pu se traduire « à l'avenir » par une adaptation de l'article 46 L.F.; et

2° en l'état, et après discussion sur ce point précis lors des débats parlementaires, il a néanmoins été décidé de limiter expressément la portée de l'article 46, § 2, nouveau, alinéa 1<sup>er</sup>, aux contrats de travail, de telle sorte que, selon le représentant de la ministre elle-même, l'argument *a contrario* pourrait être fait que « lors de cessation de tous les autres contrats [que le contrat de travail] à la suite d'une faillite, le curateur est bel et bien tenu de respecter les formalités et procédures spécifiques ».

On laissera au représentant du ministre de la Justice la responsabilité de sa déclaration sur la prétendue existence d'un accord politique pour étendre à l'ensemble des contrats le pouvoir conféré au curateur de mettre fin aux contrats de travail en s'affranchissant de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à ces contrats, laquelle, suppose-t-on, résulte d'un malentendu. Aucune proposition en ce sens n'a en tout cas jamais été formulée par la suite par la ministre et *a fortiori* aucune modification légale n'est intervenue à cet égard.

En revanche les précisions que ce représentant a très utilement apportées sur les conséquences de l'accord intervenu en commission sur l'amendement n° 4 ont le mérite d'éclairer l'interprète de la loi sur ce qu'était, en 2005, et quelle est demeurée la volonté du législateur, à savoir ne pas s'écarter de l'interprétation traditionnelle de la règle déposée à ce qui est devenu le premier paragraphe de l'article 46.

Il est regrettable que dans son travail d'interprétation de la loi, la Cour de cassation ne se soit pas penchée sur ces travaux, auquel son arrêt du 10 avril 2008 ne fait aucune référence.

[Christine DEFRAIGNE.](#)

---

## PROPOSITION DE LOI

---

Article 1<sup>er</sup>

La présente loi règle une matière visée à l'article 78 de la Constitution.

Art. 2

L'article 46, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites est interprété en ce sens que:

1° les curateurs ne peuvent mettre fin à ces contrats qu'en se conformant aux dispositions légales et contractuelles applicables;

2° la décision de ne pas exécuter un contrat en cours ne prive pas la partie qui a contracté avec le failli des droits qu'elle puise dans ce contrat.

20 juillet 2010.

[Christine DEFRAIGNE.](#)

---

(1) Voy. notamment Van Ryn et Heenen, *Principes de droit commercial belge*, t. IV, p. 323, n<sup>os</sup> 2780 et s.

(2) P. Van Ommeslaghe, « Sûretés issues de la pratique et autonomies de la volonté », in *Les sûretés, colloque Feduci des 20 et 21 octobre 1983*, p. 365 et sv., sp. p. 366.

(3) Voy. *a contrario* Liège, 30 mars 1995, *JLMB*, 1995, p. 1616; Gand, 20 juin 1989, *RW*, 1991-1992, p. 504; Comm. Charleroi, 26 mars 1996, *JLMB*, 1997, p. 157.

(4) J.P. Anvers 27 juillet 1994, *RW*, 1996-1997, p. 508: « *Het faillissement van de verhuurder die voor zijn faillissement een handelshuur heeft toegestaan, wijzigt de rechten en verplichtingen van de partijen niet. De curator kan de overeenkomst niet te allen tijde en ad nutum beëindigen* ». Sur le bail et la faillite, voy. Cloquet, « Les concordats et la faillite », in *Les Nouvelles (dr. comm. IV)*, 1985, n<sup>os</sup> 1487 et 1698.

(5) L'arrêt peut être consulté sur le site Internet de la Cour de cassation ([www.cass.be](http://www.cass.be)). Pour un commentaire plus détaillé, voy. A. Zenner et C. Alter, « Faillites et contrats en cours: la portée de l'option du curateur — Article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites », *JT*, 2006, p. 575.

(6) A. Verbeke en I. Peeters, *Vijf jaar Voorrechten, Hypotheken en andere Zekerheden*, Gent, Mys & Breesch, 1997, p. 269, n<sup>o</sup> 348.

(7) E. Dirix, « Faillissement en lopende overeenkomsten », *RW*, 2003-2004, p. 201 et sv., sp. p. 203.

(8) A. Zenner, *Dépistage, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 497, n<sup>o</sup> 679; M. Lahaye et J. Van Kerckhove, « Le louage de choses », in *Les Nouvelles (Droit civil, t. VI)*, 2000, p. 315, n<sup>o</sup> 478; Y. Merchiers, « Les baux — le bail en général », in *Rép. Not.*, t. VIII, Livre I, n<sup>o</sup> 486.

(9) I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, édition 2003, Kluwer, p. 467, n° 733 et p. 468, n° 766 où, à propos de l'hypothèse de la faillite du locataire, l'auteur précise également que si le curateur décide de renoncer à la convention de bail, les règles relatives à la rupture contenues dans les différentes législations sur les baux doivent être suivies.

(10) E. Dirix, *o.c.*, p. 209, n° 23.

(11) Arrêt n° 161/2003.

(12) Arrêts n<sup>os</sup> 73/92, 43/93, 65/93, 86/93 et 7/94 cités par J. Sarot, P. Vandernoot et E. Peremans, *Dix ans de jurisprudence de la Cour d'arbitrage (5 avril 1985 — 31 août 1995)*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 253.

(13) *RW*, 2003-2004, p. 388.

(14) *RDC*, 2005, p. 241 et les notes « Faillite et contrats en cours: faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? » et « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil »; *RW*, 2005-2006, p. 53 et la note de S. Brijs, « Artikel 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar ? ».

(15) E. Dirix, « Overzicht van rechtspraak — Zekerheden 1998-2003 », *TPR*, 2004, p. 1163 et s., sp. n° 37, p. 1191 et 1192 et « Kroniek Belgisch insolventierecht », *TvI* (Pays-Bas), 2005/4, p. 99 et s., sp. n° 3.3, p. 102 et 103; également: A. De Wilde, « Beheer van het insolventievermogen », in *Gandarius, Insolventierecht 2004-2005*, XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva, Kluwer, Mechelen, 2006, p. 160.

(16) W. Van Lembergen, « Heeft pandvestiging op huurgelden nog zin ? », *RW*, 2005-2006, n° 3, p. 41 et s.

(17) S. Brijs, « Artikel 46 Faillissementswet: is de curator van de failliete verhuurder een tovenaar ? », noot onder Cass., 26 juni 2004, *RW*, 2005-2006, p. 53.

(18) Fr. Georges, « La saisie de la monnaie scripturale », *o.c.*, n° 84, p. 144.

(19) Chr. Biquet-Mathieu, *Chroniques notariales*, vol. 43, Larcier, 2006, p. 168.

(20) A. De Wilde, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Intersentia, 2005, p. 168 et s., sp. p. 215, n° 223 et s.

(21) A. De Wilde, « ook na lezing van het cassatiearrest van 24 juni 2004 dient te worden besloten dat het faillissementsrecht geen wettekst bevat waarin de curator een eenzijdig verbrekingsrecht van de lopende overeenkomsten na faillissement wordt toegekend. Noch in de bewoordingen van art. 46 Faill.W., noch in de parlementaire voorbereiding van de faillissementswet, kan een dergelijk recht sui generis voor de curator worden gevonden »: *o.c.*, p. 216, n° 226.

(22) X. Dieux et C. Alter, « Observations sur la nature juridique de la monnaie scripturale (spécialement en relation avec l'opposabilité aux tiers des comptes qualifiés) », *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, Bruylant, 2006, p. 383 et s., sp. p. 398, n° 9.

(23) E. Dirix, « Recente arresten faillissement, gerechtelijk akkoord en zekerheden » », *Insolventierecht*, Themis, Die Keure, 2006, n° 23, p. 55 et 56.

(24) Fr. T'Kint et W. Derijcke, « La faillite » in *Rép. Not.* (tiré à part), Larcier, 2006, p. 218, n° 224.

(25) *Moniteur belge* du 1<sup>er</sup> août 2005. Pour une analyse d'ensemble de la loi du 15 juillet 2005 au regard du droit social, voy. P. Cavenaile, « Quelques règles nouvelles de droit social en matière de faillite et de concordat », in *Droit de la faillite: actualités 2005*, Editions du Jeune Barreau de Liège, 2005, p. 222 et s.

(26) Proposition de loi du 6 janvier 2005 visant à compléter les articles 10 et 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *Doc. Parl., Ch.* n° 51 1541/001.

(27) Par M. Eric Massin et Mmes Dieu et Pécriaux (PS).

(28) Amendement n° 2 de Mmes Dieu et Pécriaux et M. Massin, *Doc. Parl., Ch.*, n° 51-1541/003.

(29) Rapport fait au nom de la commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par M. Claude Marinower, *Doc. Parl. Ch.*, no 51-1541/005, p. 23 et s.

(30) M. Claude Marinower (VLD).

(31) *Doc. Parl., Ch.* n° 51-1541/004.

(32) Mme Liesbeth Van der Auwera (CD&V).

---