

La fonctionnarisation du curateur : le cas suisse

Auteur : Vanhove, Nathan

Promoteur(s) : Thirion, Nicolas

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2019-2020

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/9286>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

La « fonctionnarisation » du curateur : le cas suisse

Nathan VANHOVE

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2019-2020

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Nicolas THIRION

Professeur ordinaire

RESUME

Le législateur belge a fait le choix d'instituer le curateur afin d'administrer et de liquider une faillite. Le curateur est titulaire d'une profession libérale (avocat). *A contrario*, le droit suisse a décidé de « fonctionnariser » ce rôle en instituant l'office des faillites. Par conséquent, le régime de rémunération est différent. Le curateur va être rémunéré en proportion de l'actif présent dans la faillite (sous réserve de l'indemnité accordée en cas d'inexistence ou d'insuffisance d'actif. Par ailleurs, le droit suisse permet à l'assemblée des créanciers de confier la procédure à une administration privée lorsque certaines compétences spécifiques sont requises.

Cette différence a une incidence sur la surveillance judiciaire qui est exercé vis-à-vis de ces acteurs. En effet, le tribunal de l'entreprise va nommer parmi ses membres un juge-commissaire. Celui-ci a pour mission de surveiller la gestion du curateur et – le cas échéant – de délivrer certaines autorisations requises par la loi. Le législateur suisse a choisi un mécanisme de plainte auprès de l'autorité de surveillance pour assurer le contrôle judiciaire des décisions/actes de l'office des faillites.

Par ailleurs, la procédure de faillite entre les deux ordres juridiques est quasiment identique. Il n'existe que quelques différences ponctuelles : cession de droit de la masse en droit suisse, clôture de la faillite pour insuffisance d'actif en droit belge vs. la suspension de la faillite pour insuffisance d'actif en droit suisse. Cependant, le droit suisse se caractérise par une plus grande implication de la part des créanciers. En effet, les deux assemblées des créanciers et la commission de surveillance (lorsqu'elle a été instituée par la première assemblée des créanciers) disposent de pouvoir étendus qui leur permettent finalement de diriger la procédure de faillite. Cette implication des créanciers n'a lieu qu'en cas de procédure de liquidation ordinaire. En cas de liquidation sommaire, aucune assemblée des créanciers ne peut être instituée.

Le régime de responsabilité civile du curateur et de l'office diverge. En effet, le curateur est responsable personnellement de ses fautes tandis que les fautes commises par les membres de l'office peuvent engager la responsabilité patrimoniale et objective du canton.

TABLE DES MATIERES

Introduction	13
Titre I. Le curateur et l’office des faillites : des acteurs de la faillite parmi d’autres	15
Chapitre 1. Droit belge	15
Section 1. Le curateur	15
§1. Notion.....	15
§2. Origine historique.....	16
§3. Inscription et désignation.....	18
A. Inscription sur la liste des curateurs.....	18
B. Omission de la liste des curateurs.....	20
C. Recours en cas de refus d’inscription ou d’omission sur la liste.....	20
§4. Incompatibilités.....	21
A. Déclaration du curateur.....	21
B. Le curateur <i>ad hoc</i>	22
1. En cas de conflits d’intérêts.....	22
2. Afin de représenter certains intérêts spécifiques.....	23
3. Apparition d’actifs après la clôture de faillite.....	23
§5. Position juridique et pouvoirs.....	24
A. Double qualité.....	24
B. Opposabilité au curateur.....	24
§6. Rémunération.....	25
A. Généralités.....	25
B. Honoraires.....	27
C. Frais supportés par la masse.....	29

1. Les frais automatiquement supporté par la masse.....	30
2. Les dépenses nécessitant l'autorisation du juge-commissaire ou du tribunal.....	30
D. La procédure de taxation.....	31
§7. Co-curateur.....	32
A. Le curateur spécialisé.....	32
B. Le failli est titulaire d'une profession libérale.....	32
Section 2. Le juge-commissaire.....	34
§1. Notion.....	34
§2. Désignation.....	35
A. Nomination.....	35
B. Durée du mandat et remplacement.....	35
§3. Missions.....	36
A. Généralités.....	36
B. Compétence territoriale.....	36
C. Contrôle général.....	37
D. Rapports.....	38
1. Rapports au procureur du Roi.....	38
2. Rapports au tribunal.....	38
E. Assemblée des créanciers.....	40
F. Autorisation du juge-commissaire.....	40
G. Interventions particulières du juge-commissaire.....	42
Section 3. Le tribunal de l'entreprise.....	43
Sous-section 1. Le président.....	43
Sous-section 2. Le tribunal de l'entreprise.....	44
§1. La déclaration de faillite.....	44
A. Compétence d'attribution et territoriale.....	44

B. La déclaration de faillite.....	45
§2. Autres interventions du tribunal de l'entreprise durant la procédure de faillite.....	46
Section 4. Le ministère public.....	47
§1. Statut.....	47
§2. Attribution du ministère public en matière de faillite.....	47
A. Demande de faillite.....	47
B. Droit de surveillance et d'information.....	47
C. Information du tribunal, du juge-commissaire et des curateurs.....	48
Chapitre 2. Droit suisse.....	49
Section 1. L'office des faillites.....	49
§1. Historique.....	49
§2. Notion.....	50
§3. Organisation.....	51
A. Règles fédérales.....	51
B. Règles cantonales.....	51
1. Nomination.....	53
2. Rémunération.....	54
<i>i. Rémunération du préposé et des fonctionnaires de l'office.....</i>	<i>54</i>
<i>ii. Les émoluments perçus par l'office.....</i>	<i>54</i>
§4. Devoirs, obligations et interdictions des préposés et fonctionnaires des offices des faillites.....	55
A. Devoir de neutralité.....	55
B. Les conflits d'intérêts	55
1. Devoirs de se récuser.....	55
2. Interdiction de conclure pour son propre compte.....	56
C. Devoir d'entraide.....	57

D. Obligation de tenir des procès-verbaux et des registres.....	57
E. Obligation d'établir des relevés statistiques	59
§5. L'administration spéciale.....	59
Section 2. Les autorités de surveillance.....	61
Sous-section 1. Les autorités de surveillance cantonales.....	61
§1. Notion.....	61
§2. Attributions de l'autorité de surveillance.....	62
A. Pouvoir de surveillance.....	62
B. Plainte contre les décisions de l'office.....	63
C. Décisions nulles de plein droit.....	64
Sous-section 2. L'autorité de surveillance fédérale.....	65
Section 3. Le tribunal.....	67
§1. Les décisions d'exécution forcée.....	67
§2. Une décision d'exécution forcée en particulier.....	68
Chapitre 3. Conclusion intermédiaire : analyse comparative.....	70
Section 1. Le curateur et l'office.....	70
Section 2. Le contrôle judiciaire.....	70
<u>Titre II. Le curateur et l'office des faillites dans l'administration de la faillite</u>.....	<u>73</u>
Chapitre 1. Droit belge.....	73
Section 1. Les premières décisions.....	73
§1. L'entrée en fonction du curateur.....	73
§2. La descente de faillite.....	73
§3. L'inventaire.....	75
§4. Le sort des travailleurs.....	76

Section 2. La procédure de clôture immédiate.....	77
Section 3. L'administration de la faillite.....	79
Sous-section 1. Les premières décisions d'administration à proprement parler.....	79
§1. La poursuite des contrats en cours.....	79
§2. La poursuite d'activité(s).....	79
§3. Vente des actifs périssables et assimilés.....	80
Sous-section 2. Les actes conservatoires posés par le curateur.....	81
§1. Hypothèque sur les immeubles du failli.....	81
§2. Les actions en justice.....	81
Sous-section 3. L'établissement du passif.....	82
§1. La déclaration de créance.....	83
§2. La vérification des créances.....	84
A. Notion.....	84
B. Les procès-verbaux de vérification des créances.....	85
C. Le tableau.....	86
Section 4. La liquidation de la faillite.....	87
§1. Généralités.....	87
§2. La liberté du curateur.....	87
A. Le curateur reconstitue l'actif librement.....	87
B. Le droit d'opposition.....	88
C. L'information des créanciers.....	88
§3. Des différentes manières d'effectuer la réalisation de l'actif.....	89
A. La vente des meubles.....	89
B. La vente d'immeubles.....	90
1. La vente publique.....	90
2. La vente de gré à gré.....	91

C. Le transfert d'une entreprise en activité.....	92
D. Le recouvrement de créance.....	92
Section 5. La clôture de la faillite.....	94
§1. La distribution de l'actif.....	94
§2. La reddition des comptes et la clôture de la faillite.....	95
A. L'assemblée des créanciers.....	95
B. La clôture de la faillite à proprement parler.....	95
Chapitre 2. Droit suisse.....	97
Section 1. Généralités.....	97
Section 2. L'administration de la faillite.....	99
<u>Sous-section 1. La constitution de la procédure.....</u>	<u>99</u>
§1. La publication de la faillite.....	99
§2. L'assemblée des créanciers.....	101
A. La première assemblée des créanciers.....	101
B. La commission de surveillance.....	102
§3. La liquidation sommaire.....	103
§4. La suspension de la faillite faute d'actif.....	105
Sous-section 2. La formation de la masse active.....	106
§1. Les obligations du failli, des tiers et des autorités.....	106
§2. La prise d'inventaire.....	108
§3. Les mesures de sûreté.....	108
§4. La revendication par un tiers.....	109
A. Notions.....	109
B. La déclaration de revendication.....	110
C. Procédure.....	111
1. La procédure préliminaire.....	111

i. En cas d'acceptation.....	111
ii. En cas de refus.....	112
2. L'action en revendication.....	112
Sous-section 3. La formation de la masse passive.....	113
§1. La vérification des créances.....	113
§2. Examen des productions par l'office.....	114
§3. L'état de collocation.....	114
A. Notions.....	114
B. En cas d'existence d'une commission de surveillance.....	115
C. La plainte contre l'état de collocation.....	116
Sous-section 4. La réalisation.....	117
§1. La deuxième assemblée des créanciers.....	117
§2. La cession de droit de la masse.....	119
A. Notions.....	119
B. Conditions de mise en œuvre.....	120
§3. La réalisation des biens de la masse.....	121
A. La vente de gré à gré.....	121
B. La vente aux enchères publiques.....	122
1. Les opérations préliminaires.....	122
2. Les enchères.....	123
3. L'adjudication.....	124
§4. La distribution des deniers.....	125
A. Le tableau de distribution et le décompte final.....	125
B. La distribution.....	126
C. Les dividendes non retirés.....	127
§5. L'acte de défaut de biens après faillite.....	127

Sous-section 5. La clôture de la faillite.....	128
Chapitre 3. Conclusion intermédiaire : analyse comparative.....	130
Section 1. Une procédure sensiblement similaire.....	130
Section 2. Une implication plus (trop ?) prononcée des créanciers en droit suisse.....	131
<u>Titre III. Les responsabilités du curateur et de l'office des faillites.....</u>	133
Chapitre 1. La responsabilité du curateur.....	133
Section 1. La responsabilité civile.....	133
§1. Notion.....	133
§2. La responsabilité à l'égard des tiers.....	135
§3. La responsabilité à l'égard des créanciers dans la masse.....	135
§4. La responsabilité à l'égard des créanciers dans la masse.....	136
Section 2. La responsabilité pénale.....	136
Chapitre 2. La responsabilité de l'office des faillites.....	139
Section 1. La responsabilité civile.....	139
§1. Notion.....	139
§2. Mise en œuvre.....	140
§3. La responsabilité de l'autorité de surveillance.....	141
Section 2. La responsabilité disciplinaire.....	141
Section 3. La responsabilité pénale.....	142
Chapitre 3. Conclusion intermédiaire : analyse comparative.....	145
Section 1. Responsabilité personnelle vs. Responsabilité de l'Etat.....	145
Section 2. Une responsabilité pénale sensiblement similaire.....	146
Conclusion.....	147
Bibliographie.....	150

Annexes.....152

Introduction

1. La procédure de faillite est omniprésente dans nos sociétés néolibérales et totalement acquises à l'économie de marché. Comme le soulignait Frank BORMAN: "*Capitalism without bankruptcy is like Christianity without hell*"¹.

2. Apparue durant l'Antiquité romaine, la faillite a plus au moins disparue des systèmes juridiques aux premiers temps du Moyen-Âge pour réapparaître à la fin de celui-ci avec l'âge d'or des marchands vénitiens. Cependant, avec la mise en place progressive des Etats-nations au XIXème siècle, les systèmes juridiques vont prendre des chemins différents et voir apparaître des spécificités nationales. La Belgique fraîchement indépendante va se doter de sa première législation en matière de faillite le 18 avril 1851². La Suisse – les cantons urbains et protestants ayant pu asseoir l'autorité d'un véritable Etat fédéral à la suite de la guerre du Sonderbund – va se doter d'une législation fédérale concernant (entre autres) la faillite le 11 avril 1889³.

3. La sélection d'une comparaison entre le droit belge et le droit suisse – outre les motifs d'ordre personnel – tient surtout à la différence entre le choix de désigner un titulaire d'une profession libérale (un avocat) afin d'administrer la faillite en Belgique et celui de fonctionnariser ce rôle en Suisse.

4. Ainsi, le présente travail de fin d'études ne portera pas sur un travail de droit comparé à propos de l'ensemble des différences entre les procédures de faillite belge et helvétique – bien que probablement très intéressante et instructive, une telle comparaison dépasserait largement le cadre d'un TFE. En effet, le présent travail se bornera à comparer le principal acteur desdites procédures nationales, à savoir le curateur en Belgique et l'office des faillite en Suisse.

¹ *The Observer*, 9 mars 1986.

² Loi sur les faillites, banqueroutes et sursis, *M.B.* 24 avril 1851.

³ Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, RO 11 488.

En effet, comment le droit belge ainsi que le droit suisse répondent-ils à la nécessité d'instituer des acteurs compétents afin d'administrer la faillite ?

En Belgique, le législateur a choisi de confier l'administration de la faillite à un titulaire d'une profession libérale (à savoir un avocat ou une profession libérale lorsqu'il s'agit d'un co-curateur). Par conséquent, le curateur n'est pas un fonctionnaire. A l'inverse, le législateur suisse a choisi de confier l'administration de la faillite à un office composé de fonctionnaires. Cependant, la législation suisse permet aux créanciers de confier la faillite une administration privée de leur choix. Ainsi, l'office n'est qu'un choix par défaut en Suisse. Par ailleurs, les deux ordres juridiques instituent des organes ayant pour mission de surveiller l'administration de la faillite (Titre I).

La comparaison de l'administration de la faillite entre les droits belge et suisse révèlent de nombreuses similitudes mais aussi des différences dont la plus notables est l'implication accrue des créanciers dans la procédure en Suisse (Titre II).

Par ailleurs, la distinction susmentionnée entre titulaire d'une profession libérale et fonctionnaire crée une différence dans le régime de la responsabilité des acteurs. En effet, le curateur est personnellement responsable, tandis que les membres de l'office des faillites peuvent entraîner la responsabilité de l'Etat, c'est-à-dire la responsabilité du canton pour lequel ils travaillent (Titre III).

Titre I. Le curateur et l'office des faillites : des acteurs de la faillite parmi d'autres

5. Afin de comprendre le rôle du curateur et de l'office des faillites, il est essentiel de les replacer parmi les autres acteurs de la faillite. En effet, il existe, aussi bien dans le droit belge qu'au sein du droit suisse, des acteurs chargés de surveiller les protagonistes principaux de la faillite.

Chapitre 1. Droit belge

Section 1. Le curateur

§1. Notion

6. Le curateur (*de Curator, der Kurator*) est l'agent central de la faillite en Belgique. Il est « chargé de réaliser les biens et d'en répartir le produit de réalisation entre les créanciers du failli »⁴. Il gère la faillite en bon père de famille⁵. Le curateur entre en fonction à la suite du jugement déclaratif de faillite et lorsqu'il a accepté sa mission via REGSOL (le Registre Central de la Solvabilité)⁶. Sa mission se termine par le décès du curateur, sa démission ou son remplacement⁷, ou par la clôture de faillite⁸.

⁴ M. GREGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 242.

⁵ Art. XX.132, al. 3 CDE.

⁶ Respectivement, art. XX.132, al. 1 CDE et art. XX.126, §2 CDE.

⁷ A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, p. 985.

⁸ Art. XX.171, al. 4 CDE.

Il doit s'agir d'un avocat inscrit au tableau d'un ordre des avocats.⁹ Cependant, depuis la loi du 11 août 2017, il lui est adjoint un co-curateur lorsque le failli est titulaire d'une profession libérale. Le co-curateur doit être titulaire de la même profession libérale que le failli¹⁰.

§2. Origine historique

7. La notion de curateur remonte au droit romain. En effet, le droit romain voit l'apparition de la première procédure collective de liquidation : la *venditio bonorum*. Il s'agit du « *prototype de la poursuite en cas de faillite, [la procédure] consiste dans la vente aux enchères des biens d'un débiteur insolvable à un acheteur (bonorum emptor) qui acquiert l'actif de ce débiteur, en même temps qu'il est tenu de payer aux créanciers de celui-ci un certain pourcentage de leurs créances. La procédure à un caractère infâmant pour le débiteur* »¹¹. Les biens sont administrés par un syndic mais vendu par un *curator (distractio bonorum)*¹².

8. Au Moyen-Age, les communes italiennes – grandes pourvoyeuses de commerçants – modernisent le droit romain mais laisse toujours l'initiative et l'exécution de la faillite aux créanciers. Le droit italien va s'imposer aussi en France. Il sera codifié par l'Ordonnance de Colbert du 16 mars 1673¹³. Cependant, dans la partie germanique de l'Europe apparaît une autre conception du droit de la faillite. La faillite n'est pas confiée aux créanciers comme sous le droit romain, elle est régie par l'autorité publique¹⁴.

9. Le Code de commerce français de 1807 codifie le droit de la faillite dans son entièreté. Cependant, elle abandonne la notion de curateur et préfère la notion de syndic. En effet, il est reproché à l'institution du curateur d'être une profession de « *purs mercenaires* »¹⁵ qui

⁹ Art. XX.122, §1er, al. 2 CDE.

¹⁰ Art. XX.132 CDE.

¹¹ J-P DUNAND et P. PICHONNAZ, *Lexique de droit romain*, Genève – Zürich – Bâle, Schulthess, 2006, p. 20.

¹² Fl. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, p. 133.

¹³ Ibidem, p. 134.

¹⁴ P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », in *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 220.

¹⁵ J. G. LOCRE, *Esprit du Code de commerce, ou Commentaire puisé dans les procès-verbaux du Conseil d'Etat, les exposés de motifs et discours, les observations du Tribunal, celles des Cours d'appel, tribunaux et*

profiteront de la faillite d'un débiteur pour s'enrichir, tandis que le syndic est un créancier qui aura tout intérêt à administrer et liquider de façon convenable la faillite¹⁶.

10. Le droit belge se dote d'une législation propre en matière de faillite le 18 avril 1851¹⁷. Cette loi abandonne la notion de syndic et instaure (à nouveau) l'institution du curateur qui est nommé par les tribunaux¹⁸. Ainsi, la faillite n'est plus confiée par les créanciers à un syndic nommé par eux. Désormais, la faillite sera attribuée à une personne qui offre « *le plus de garanties pour l'intelligence et la fidélité de leur gestion* »¹⁹ par l'autorité publique (les tribunaux).

La loi du 8 août 1997 sur la faillite²⁰ conserve l'institution du curateur en son article 11.

La réforme du droit de l'insolvabilité en 2017²¹, conserve également la notion de curateur. Cependant, cette réforme va apporter certaines modifications. Le curateur fait désormais partie de la catégorie des « praticiens de l'insolvabilité », définie de la manière suivante, par l'article I.22 du Code de droit économique :

« toute personne ou tout organe dont la fonction, y compris à titres intérimaire, consiste à, exercer une ou plusieurs des tâches suivantes :

i) vérifier et admettre les créances soumises dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité ;

ii) représenter l'intérêt collectif des créanciers ;

iii) administrer, en tout ou en partie, les actifs dont le débiteur est dessaisi ;

iv) liquider les actifs visés au point iii) et le cas échéant, de répartir le produit entre les créanciers ; ou

chambres de commerces, etc., t. V, Paris, Imprimerie impériale, 1811, p. 337, cité par Fl. GEORGE, *op. cit.*, p. 135.

¹⁶ *Ibidem*, p. 352, cité par F. GEORGE, *op. cit.*, p. 135.

¹⁷ Loi du 18 avril 1851 sur les faillites et banqueroutes et sursis, *M.B.*, 24 avril 1851.

¹⁸ Art. 456, al. 2 de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites et banqueroutes et sursis.

¹⁹ Fl. GEORGE, *op. cit.*, p. 136.

²⁰ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.

²¹ Loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « *Insolvabilité des entreprises* », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017.

v) *surveiller la gestion des affaires du débiteur* ».

Par ailleurs, la réforme de 2017 introduit aussi l'institution du co-curateur.

§3. Inscription et désignation

A. Inscription sur la liste des curateurs

11. Afin d'être désigné curateur dans une procédure de faillite, l'avocat²² doit être inscrit « *sur une liste établie par l'assemblée générale du tribunal de l'entreprise du ressort qui prononce la faillite* »²³. Il n'existe pas de limite maximale au nombre de curateurs inscrits sur la liste. Cette liste est publique et actualisée annuellement²⁴. La liste des curateurs mentionne les faillites, y compris celles réalisées dans d'autres arrondissements judiciaires²⁵, pour lesquelles chaque curateur a été désigné²⁶.

Outre la condition d'être membre d'un ordre des avocats, le candidat-curateur doit « *justifier d'une formation particulière et présenter les garanties de compétences en matière de procédures de liquidation* »²⁷. Il semble, selon A. ZENNER, que les tribunaux aient tendance à uniquement accepter l'inscription sur la liste des curateurs des collaborateurs de curateurs déjà inscrits. Il s'agirait d'un gage de meilleure qualification²⁸.

12. Maître BISINELLA nous éclaire sur la pratique du Tribunal de l'entreprise (anciennement Tribunal du commerce) de Liège. En effet, selon lui, lors de ses débuts en tant que curateur (inscrit en 2004), le Tribunal du commerce de Liège souhaitait restreindre le nombre de curateur

²² Qui, rappelons-le, est inscrit au tableau d'un Ordre des avocats.

²³ Art. XX.122, §1er, al. 1 CDE.

²⁴ Art. XX.122, §1er, al.4 CDE.

²⁵ Art. XX.122, §1er, al. 3 CDE.

²⁶ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 954.

²⁷ Art. XX.122, §1er, al. 2 CDE.

²⁸ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 955.

inscrit. Cette limitation prenait la forme d'une non-désignation comme curateur en cas de faillite. Les curateurs étaient inscrits sur la liste mais ceux, pour qui le tribunal estimait que les compétences n'étaient pas au niveau du standard exigé par le Tribunal, n'était jamais désigné comme curateur lors de déclaration de faillite. A la suite de la crise financière de 2008, le Tribunal a décidé d'augmenter son « réservoir » de curateurs pour faire face à l'augmentation du nombre de faillites. Par ailleurs, Maître BISINELLA est partisan d'une professionnalisation du curateur (c'est-à-dire un professionnel de l'insolvabilité et non plus un avocat compétent en matière de liquidation)²⁹.

13. La procédure d'inscription d'un curateur sur la liste est prévue par l'arrêté royal du 5 décembre 1997³⁰. L'article 1^{er} de l'arrêté royal stipule que le candidat-curateur doit introduire une demande écrite, ainsi qu'un « *dossier comprenant toutes pièces utiles attestant de leur formation particulière et de leur compétence en matière de procédures de liquidation* », auprès du président du tribunal de l'entreprise avant le premier mars de chaque année. L'avis du juge consulaire, du président et du procureur du Roi sont requis. L'assemblée générale du tribunal doit décider avant le 30 juin de l'année de l'introduction de la demande. La décision de refus doit être motivée. La jurisprudence a défini les modalités du vote de l'assemblée générale³¹ : le vote doit se faire individuellement, au scrutin secret³², être motivé (prévu par l'arrêté royal) et respecter les droits de la défense (le candidat doit recevoir copie des avis prévus par l'art. 1 de l'arrêté royal).

En cas d'inscription sur la liste, le candidat doit prêter serment devant le président du tribunal. Les termes du serment sont prévus à l'article XX.126, §1^{er} CDE.

²⁹ Voy. point 1 de l'entretien écrit avec Maître BISINELLA (annexe n°1).

³⁰ Arrêté royal fixant la procédure de présentation des candidats, visée à l'article 27, alinéa 5, de la loi sur 8 août 1997 sur les faillites, M.B., 30 décembre 1997.

³¹ Anvers, 20 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 67, note Ch.-A LEUNEN.

³² Et non à main levée.

B. Omission de la liste des curateurs

14. L'article XX.125 du Code de droit économique prévoit qu'une « *personne figurant sur la liste peut en être omise à sa propre demande par l'assemblée générale du tribunal de l'entreprise. L'assemblée générale omet également de la liste les personnes qui ne satisfont plus aux exigences légales. Une personne peut également être omise de la liste en exécution d'un jugement rendu sur citation du ministère public. Les débats se déroulent à huit clos si l'intéressé le demande* ».

Le tribunal dispose donc d'un pouvoir d'appréciation quant aux qualités du curateur. Cette appréciation subjective ne se fait pas sur l'administration d'une faillite mais bel et bien sur les qualités du curateur « *en matière de procédures de liquidation* ».

Il s'agit d'une mesure grave. Par conséquent, la jurisprudence estime que les faits à la base de la décision doivent être graves, caractérisés, sérieux et réels³³.

C. Recours en cas de refus d'inscription ou d'omission sur la liste

15. L'avocat, à qui la qualité de curateur a été refusée ou retirée, dispose d'un recours devant la cour d'appel. Le délai pour introduire le recours est d'un mois. La cour d'appel dispose du pouvoir d'inscrire le demandeur sur la liste³⁴.

16. Ainsi, la Cour d'appel d'Anvers a décidé d'inscrire un avocat sur la liste des curateurs dans son arrêt du 20 septembre 1999³⁵. En effet, il était reproché au demandeur d'avoir de mauvaises relations avec les juges-commissaires. Outre le fait que les modalités du vote de l'assemblée générale n'avaient pas été respectées, la Cour a estimé que les qualités du curateur n'était pas

³³ Comm. Nivelles, 24 octobre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 333 ; Comm. Nivelles, 6 juin 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1223.

³⁴ Art. XX.124 CDE.

³⁵ Anvers, 20 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 67, note Ch.-A LEUNEN

mise en cause. En effet, une prise en compte d'inimitié, lors de l'inscription d'un candidat-curateur sur la liste, serait contraire à la volonté du législateur d'objectiver la désignation des curateurs. Les causes de refus doivent rester objectives et les inimitiés ne constituent pas de telles causes. La Cour estime que les compétences d'un candidat-curateur priment sur les relations humaines entre les curateurs et les juges-commissaires.

§4. Incompatibilités

17. Le curateur doit être totalement impartial tout au long de sa mission³⁶. En effet, il s'agit d'un mandataire de justice et, par voie de conséquences aucune partialité subjective ne peut être tolérée. Par conséquent, la loi prévoit que le curateur doit déclarer tout conflit d'intérêt éventuel au tribunal saisi de la faillite (A). Ensuite, le tribunal peut désigner un curateur *ad hoc* afin de remplacer le curateur lors de certaines opérations en particulier pouvant mener à un conflit d'intérêts ou dans d'autres situations prévues par la loi (B).

A. Déclaration du curateur

18. La déclaration que doit effectuer le curateur au président du tribunal lorsqu'il apparaît que le curateur peut se trouver dans une situation de conflit d'intérêts est visée à l'article XX.126, §3 du Code de droit économique :

« Le curateur signale au président du tribunal toute forme de conflit d'intérêts ou d'apparence de partialité.

Le curateur signale en tous cas que lui-même ou l'un de ses associés ou collaborateurs directs a accompli, sauf en qualité de curateur, des prestations au bénéfice du failli ou des gérants et administrateurs de la personne morale faillie, ou au bénéfice d'un créancier, au cours des dix-huit mois précédant le jugement déclaratif de la faillite.

Les déclarations du curateur sont versées au dossier de la faillite.

³⁶ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité des entreprises*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, p. 728.

Le président du tribunal juge si la déclaration du curateur empêche celui-ci d'accomplir sa mission ».

Le président du tribunal dispose donc d'une marge d'appréciation pour déterminer si le curateur se trouve dans une situation de conflit d'intérêts. Elles dépendront donc des circonstances.³⁷

B. Le curateur *ad hoc*

19. La nomination d'un curateur *ad hoc* peut survenir dans trois cas lors d'une procédure de faillite : lorsque le curateur « principal » est en position de conflit d'intérêts (1), lorsqu'il est nécessaire de disposer d'un avis différent pour sauvegarder les intérêts du failli ou des créanciers (2), ou lorsqu'à la clôture de faillite, certains actifs apparaissent (3).

1. En cas de conflit d'intérêts

20. Lorsque survient un conflit d'intérêts qui n'est pas de nature à entraver l'ensemble de la mission du curateur, celui-ci peut requérir du tribunal la nomination d'un curateur *ad hoc*³⁸. Le curateur doit tout même faire la déclaration au président du tribunal.³⁹ Par ailleurs, le curateur peut demander la nomination d'un curateur *ad hoc* pour d'autres raisons que l'existence d'un conflit d'intérêts tel que la localisation lointaine d'un actif⁴⁰.

En cas de demande d'un curateur visant à la nomination d'un curateur *ad hoc*, le juge-commissaire transmet un rapport au tribunal afin de lui permettre de statuer⁴¹.

³⁷ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 960.

³⁸ Art. XX.127, al 1 CDE

³⁹ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 961.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 963.

⁴¹ Art. XX.127, al. 1 CDE.

Par ailleurs, le tribunal peut désigner d'office un curateur *ad hoc*⁴².

Le curateur *ad hoc* est soumis aux mêmes règles que le curateur « principal »⁴³.

2. Afin de représenter certains intérêts spécifiques

21. L'article XX.166, §2 du Code de droit économique énonce que, « *lorsque les créanciers ou le failli estiment qu'une réalisation envisagée d'actifs risque de leur porter préjudice, ils peuvent demander en référé la désignation d'un curateur ad hoc. Celui-ci peut demander au tribunal d'interdire la vente qui risque manifestement de léser les droits desdits intéressés* ».

3. L'apparition d'actifs après la clôture de faillite

22. Les articles XX.135, §6 et XX.172, al. 3 du Code de droit économique délèguent au pouvoir exécutif le soin de régler la question des actifs apparaissant après la clôture de faillite. L'arrêté royal de 25 mai 1999 portant exécution des articles 73 et 83 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites⁴⁴, qui selon son premier article est applicable « *à l'égard du failli personne physique (...) déclaré inexcusable* [c'est-à-dire qui n'a pas bénéficié de l'effacement] », prévoit que le tribunal de l'entreprise pourra nommer un curateur *ad hoc* qui sera chargé de réaliser lesdits actifs⁴⁵. Dans l'attente d'un nouvel arrêté-royal, il faut continuer à appliquer par analogie l'ancien régime.

Dans ce cas, le curateur *ad hoc* sera rémunéré par un pourcentage sur le produit de réalisation des actifs. Ses frais et honoraires seront taxés par le tribunal⁴⁶.

⁴² Art. XX.127, al. 2 CDE.

⁴³ Art. XX.127, al 3 et 4 CDE.

⁴⁴ M.B., 2 juillet 1999.

⁴⁵ Art. 1, al. 2 de l'arrêté royal portant exécution des articles 73 et 83 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, M.B., 2 juillet 1999.

⁴⁶ Art. 1, al. 2.

§5. Position juridique et pouvoirs

A. Double qualité

23. Le curateur possède une double qualité : il agit en tant qu'administrateur de la masse et en tant que gestionnaire du patrimoine du failli⁴⁷. Cependant, il n'est pas le représentant des créanciers ou du failli⁴⁸ (le curateur n'est pas responsable civilement du failli sauf si la loi le prévoit expressément⁴⁹ et il ne comparaît pas au nom du failli en matière pénale⁵⁰). En effet, le pouvoir des curateurs est d'origine légale et non contractuelle.

Cette double qualité est importante quant à l'opposabilité de certains actes au curateur.

B. Opposabilité au curateur

24. Le curateur est gestionnaire d'un patrimoine d'affectation. Par conséquent, il doit concilier des intérêts contradictoires : ceux du failli et ceux des tiers et des créanciers dans la masse⁵¹.

25. Lorsque le curateur agit aux droits de la masse, il est considéré comme un tiers à l'acte. *A contrario*, lorsque le curateur agit aux droits du failli, il est considéré comme l'ayant droit du failli et l'acte lui est opposable⁵².

⁴⁷ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 979.

⁴⁸ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 720.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Bruxelles, 10 mai 1989, *Pas.*, 1990, p. 11.

⁵¹ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 720.

⁵² A. ZENNER, *op. cit.*, p. 981.

26. Il agit aux droits du failli lorsqu'il⁵³ :

- poursuit les activités ;
- pose des actes de conservation ;
- réalise des actifs ;
- exécute des contrats en cours lors de la procédure de faillite ;
- introduit une action en responsabilité contre les dirigeants de la personne morale en faillite ;
- introduit un recours fiscal ;
- ne renonce pas aux procédures pendantes.

27. Il agit aux droits des créanciers de la masse lorsqu'il⁵⁴ :

- conteste une créance ;
- s'oppose à une action en revendication ou une demande de privilège ;
- se prévaut des inopposabilités de la période suspecte afin de reconstituer l'actif ;
- introduit une action en responsabilité extracontractuelle dont la faute a produit une diminution de l'actif ou une augmentation du passif ;
- refuse la reconnaissance d'une vente.

§6. Rémunération

A. Généralités

28. La rémunération des curateurs est fixée par l'article XX.20, §3 à §5 du Code de droit économique :

« §3. Les frais et honoraires des curateurs sont fixés en fonction de l'importance et de la complexité de leur mission sous la forme d'une indemnité proportionnelle aux actifs réalisés le cas échéant, en tenant compte du temps requis pour l'accomplissement de leur prestations. »

⁵³ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 722 et A. ZENNER, *op. cit.*, p. 980.

⁵⁴ *Ibidem.*

(...)

Le Roi détermine les modalités et les barèmes relatifs à la fixation des honoraires des curateurs (...).

§4. Le Roi peut également déterminer les frais pouvant faire l'objet d'une indemnisation séparée, ainsi que les modalités de leur liquidation.

Un relevé détaillé des prestations à rémunérer est joint à toute demande d'honoraires.

A chaque demande de remboursements de frais seront joints les documents justificatifs.

Lorsque l'actif ne suffit pas pour couvrir les frais d'administration et de liquidation de la faillite, une rémunération forfaitaire du curateur est octroyée dont le montant à indexer annuellement est fixée par le Roi.

§5. A la demande des curateurs et de l'avis conforme du juge-commissaire, le tribunal peut permettre au curateur de prélever des remboursements de frais et des honoraires provisionnels dont il fixe le montant. Sauf circonstances particulières, le total des frais et honoraires provisionnels ne peut excéder les trois quarts du montant fixé selon les règles d'indemnisation établies par le Roi. En aucun cas, des honoraires provisionnels ne peuvent être alloués lorsque les curateurs n'insèrent pas les états prévus à l'article XX.130 dans le registre ».

29. L'arrêté royal du 26 avril 2018⁵⁵ assure la mise en œuvre de l'article précité. Il est entré en vigueur le 1^{er} mai 2018⁵⁶ et abroge l'arrêté royal du 10 août 1998⁵⁷. Il s'applique aussi aux taxations, issue d'une procédure de faillite régie par la loi du 8 août 1997, qui n'ont pas encore été introduites au 1^{er} mai 2018.⁵⁸

⁵⁵ Arrêté royal du 26 avril 2018 établissant les règles et barèmes relatifs à la fixation des honoraires et des frais des praticiens de l'insolvabilité, *M.B.*, 27 avril 2018.

⁵⁶ Art. 15, al. 1 de l'A.R.

⁵⁷ Arrêté royal du 10 août 1998 établissant les règles et barèmes relatifs à la fixation des honoraires et des frais de curateurs, *M.B.*, 8 septembre 1998.

⁵⁸ Art. 15, al. 2.

B. Honoraires

30. Les honoraires du curateur sont « *une indemnité proportionnelle calculée par tranche sur la base* » des actifs réalisés, du temps consacrés à la mission et à la complexité de celle-ci⁵⁹. Par ailleurs, et c'est une nouveauté de la réforme de l'insolvabilité, les frais administratifs du curateur, en lien direct avec la liquidation, sont désormais compris dans les honoraires⁶⁰. Ils sont calculés sur la base d'un forfait calculé « *sur la base d'un pourcentage unique appliqué à l'actif réalisé* »⁶¹. Désormais, les curateurs sont incités à limiter les frais. Les raisons invoquées sont de plusieurs ordres : difficulté d'estimer les coûts liés à l'utilisation des nouvelles technologies, pratiques différentes des tribunaux quant à la mise en œuvre par les tribunaux, charge disproportionnée pour les tribunaux chargés de vérifier la véracité des frais avancés par les curateurs, abus liés aux frais⁶². Selon Maître BISINELLA, le fait de ne plus dissocier les frais et les honoraires n'est pas respectueux de la réalité du terrain. En effet, il relève que certaines « grosses faillites » (c'est-à-dire avec beaucoup d'actifs) peuvent générer très peu de frais (notamment en cas d'inexistence de travailleurs occupés, d'un nombre restreint de créanciers, etc.) tandis que des « petites faillites » peuvent générer énormément de frais. Il concède que certains curateurs pourraient être tentés de limiter leurs frais en cas de « petites faillites »⁶³.

L'article 5 de l'arrêté royal dispose que « *les honoraires couvrent :*

1° les prestations ordinaires du curateur dans le cadre d'une liquidation normale de la faillite telles que : la procédure de fixation de la date de cessation de paiement, la réalisation de l'inventaire, les inscriptions hypothécaires prises au nom de la masse, la vérification des créances, la réalisation et la liquidation de l'actif, les contestations ou autres actions en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur, pour écarter les créances non justifiées ou exagérées, la recherche et le recouvrement de créances, les négociations avec les créanciers

⁵⁹ Art. 4, §1er de l'A.R.

⁶⁰ Art. 4, §2 de l'A.R.

⁶¹ J-P LEBEAU, « La rémunération et les frais du curateur après l'entrée en vigueur du livre XX du Code de droit économique », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/6, p. 517.

⁶² *Ibidem*, p. 517.

⁶³ Voy. point 2 de l'entretien écrit avec Maître BISINELLA (annexe n°1)

ou les tiers, l'examen de la comptabilité existante et des papiers du failli, les opérations de clôture, la correspondance, les plaidoiries.

2° les frais visés à l'article 4, § 2, y compris [c'est-à-dire les frais en lien direct avec la liquidation, NdA], en outre les frais liés au fonctionnement du personnel et à la comptabilité du curateur ».

31. Par ailleurs, la loi⁶⁴ prévoit un système de rémunération du curateur en cas de faillite sans actif⁶⁵. L'article 9 de l'arrêté royal dispose que « *lorsque l'actif ne suffit pas pour couvrir les rémunérations visées dans le présent chapitre, le curateur perçoit une rémunération forfaitaire de 1.000 EUR Hors TVA. Toute somme perçue par le curateur à titre d'honoraires est déduite de cette indemnisation forfaitaire* ». Par conséquent, l'Etat rémunère le curateur en cas d'insuffisance d'actif afin de rémunérer leur mission de mandataire de justice. Cependant, si le curateur perçoit une somme d'honoraires quelconque, celle-ci sera déduite de l'indemnité due par l'Etat.

32. L'annexe 1 de l'arrêté royal fournit la méthode de calcul par tranche des honoraires (avec un montant minimal de 1500 EUR : art. 6, §2, al. 1 de l'A.R.) sur la base de l'ensemble « *des montants qui échoient à la masse* »⁶⁶.

A cela, il faut ajouter le *coefficient correcteur*. En effet, l'article XX.20, §3 CDE dispose que les honoraires du curateur sont déterminés en prenant compte de la complexité et de l'importance et du temps de leur mission⁶⁷. Ainsi, le coefficient correcteur permet de faire varier la rémunération du curateur en fonction de ces éléments. Le coefficient est fixé par l'article 6, §3 de l'A.R.

⁶⁴ Art. XX.20, §4 CDE.

⁶⁵ Auparavant, il s'agissait d'un système prétorien dépourvu de base légale (J-P LEBEAU, *op. cit.*, p. 518).

⁶⁶ Art. 6, §1^{er} de l'A.R.

⁶⁷ J-P LEBEAU, *op. cit.*, p. 518.

Ainsi, les honoraires du curateur seront adaptés par le tribunal en fonction de l'importance et de la complexité de la faillite et surtout du temps consacré par le curateur à sa mission (réalisation de biens par ses soins, prestations anormales, biens à l'étranger)⁶⁸.

33. Lorsqu'un créancier hypothécaire (l'assiette d'une autre sûreté spéciale est couverte par les honoraires ordinaires⁶⁹) premier inscrit délègue au curateur la vente d'un immeuble hypothéqué, le curateur a droit à des honoraires distincts sur la réalisation de la partie de l'immeuble grevé.⁷⁰ La partie non grevée de l'immeuble réalisé donnera lieu à des honoraires ordinaires comme vu *supra*⁷¹.

Les honoraires distincts sont calculés grâce au barème repris à l'annexe 2 de l'A.R.⁷².

34. Dans certains cas, le curateur pourra demander au tribunal, qui statuera sur avis conforme du juge-commissaire, de lui accorder des honoraires provisionnels⁷³. Il doit déposer les rapports détaillés prévus à l'article XX.128 CDE pour se voir allouer les honoraires provisionnels⁷⁴. Par ailleurs, le tribunal pourra décider de réduire les états provisionnels au moment de la taxation définitive⁷⁵.

C. Frais supportés par la masse

35. Dans certains cas, la loi permet de mettre certains frais directement à la charge de la masse (1). De même, la loi permet au curateur de demander au juge-commissaire de lui permettre de faire supporter certains montants à la masse (2).

⁶⁸ Rapport au Roi, *M.B.*, 27 avril 2018, p. 36.930, « Article 6 en projet », al. 8 à 11.

⁶⁹ J-P LEBEAU, *op. cit.*, p. 520.

⁷⁰ Art. 8, al. 1 de l'A.R.

⁷¹ J-P LEBEAU, *op. cit.*, p. 520.

⁷² Art. 8, al. 2 de l'A.R.

⁷³ Art. XX.20, §5 CDE.

⁷⁴ *Idem.*

⁷⁵ Mons (1^{er} chambre), 21 mai 2007, R.G. 2006/TQ/1, disponible sur www.juridat.be

1. Les frais automatiquement supporté par la masse

36. L'article 7, §1 de l'A.R. dispose que « *les frais suivants peuvent être portés à charge de la masse :*

1° les rétributions visées à l'article 1^{er}, 2° à 4°, de l'arrête royal du 27 mars 2017 fixant le montant de la rétribution ainsi que les conditions et modalités sa perception dans le cadre du Registre Central de la Solvabilité ;

2° les autres frais qui découlent de l'application de la loi [confection du bilan par un expert-comptable (art. XX.147, al. 3 CDE) et les frais d'inscription hypothécaire (art. XX.150, al. 3 CDE)] ».

Dans ce cas le curateur n'a aucune démarche à effectuer. Ces frais sont mis automatiquement à charge de la masse.

2. Les dépenses nécessitant l'autorisation du juge-commissaire ou du tribunal

37. L'article 7, §2 de l'A.R. requiert l'autorisation du juge-commissaire pour les dépenses suivantes :

« 1° les honoraires et les frais payés aux tiers, notamment avocats, réviseurs, comptables ;

2° les frais extraordinaires, tels que ceux occasionnés par des procédures imprévues ou par des déplacements à l'étranger, exposés par le curateur qui étaient utiles ou nécessaires pour le traitement de la faillite;

3° les primes d'assurance de responsabilité professionnelle du curateur et du co-curateur pour leurs activités basées sur le livre XX du Code de droit économique ».

38. Le tribunal peut autoriser le curateur, sur avis du juge-commissaire, à mettre à charge de la masse des dépenses extraordinaires. L'article 7, §3 de l'A.R. dispose comme suit :

« Si l'honoraire dépasse l'honoraire minimum prévu à l'article 6, §2, le juge peut à la demande motivée du curateur autoriser pour les frais, autres que ceux visés aux §1^{er} et 2, qu'ils soient mis à la charge de la masse, s'ils sont supérieurs aux pourcentages minimums des actifs réalisés par tranche conformément à l'annexe 3.

Le juge rend son jugement sur le rapport du juge-commissaire ».

Ainsi, si les frais administratifs exposés par le curateur sont supérieurs aux montants repris dans l'annexe 3 de l'A.R. (c'est-à-dire le montant calculé avec le pourcentage minimum par tranche), le curateur pourra introduire une demande auprès du tribunal pour se voir autoriser le remboursement des frais extraordinaires par la masse.

Comme le relève J-P LEBEAU, la difficulté réside dans l'application pratique de l'article 7, §3⁷⁶. Comment calculer les frais extraordinaires ? Le tribunal devra-t-il faire confiance au curateur ou fixer un coût unitaire par catégorie de frais ?

D. La procédure de taxation

39. L'article XX.145, al. 2 CDE dispose que *« les sommes dues aux curateurs à titre d'honoraires ou d'honoraires provisionnels prévus à l'article XX.20, ainsi que leurs frais, frais de justice et frais dus à des tiers dans le cadre de la liquidation sont arbitrés par le tribunal sur la base d'une demande établie à cet effet et de l'avis du juge-commissaire. A chaque demande de taxation des frais de justice et frais dus à des tiers, les pièces justificatives sont jointes. Les honoraires, frais et débours visés sont payés au curateur par la Caisse des dépôts et consignations sur la base d'un état signé par le juge-commissaire ».*

⁷⁶ J-P LEBEAU, *op. cit.*, p. 525.

§7. Co-curateur

40. Le Code de droit économique prévoit la possibilité de nommer un curateur spécialisé en cas de faillite d'une nature spéciale (A). Par ailleurs, le Code de droit économique, tel que modifié par la réforme du droit de l'insolvabilité, rend obligatoire cette nomination lorsque le failli est titulaire d'une profession libérale (B).

A. Le curateur spécialisé

41. L'article XX.122, §2 du Code de droit économique énonce que, « *lorsque la nature et l'importance d'une faillite le commandent, toute autre personne remplissant les conditions de formation et présentant les garanties visées au paragraphe 1^{er} peut être adjointe en qualité de curateur, en raison de compétences particulières et d'une expérience propre au secteur duquel relève le débiteur* ». Cette possibilité existait déjà sous l'empire de la loi sur les faillites du 8 août 1997⁷⁷ en son article 27.

B. Le failli est titulaire d'une profession libérale

42. Une nouveauté de la réforme du droit de l'insolvabilité⁷⁸ est d'étendre le concept d'entreprise⁷⁹ aux titulaires de professions libérales. Par conséquent, ceux-ci peuvent désormais bénéficier d'une procédure de faillite.

⁷⁷ M.B., 28 octobre 1997.

⁷⁸ Loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX "Insolvabilité des entreprises", dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique, M.B., 11 septembre 2017.

⁷⁹ Pour une analyse approfondie de la nouvelle définition d'entreprise, voy. A. AUTENNE, N. THIRION, « La nouvelle "définition générale" de l'entreprise dans le Code de droit économique : deux pas en avant, trois pas en arrière », *J.T.*, 2018/37, n°6749, pp. 826-831.

Dans le cas d'un failli titulaire d'une profession libérale, la loi rend obligatoire la nomination d'un co-curateur⁸⁰. En effet, l'article XX.123 CDE prévoit que « *le tribunal adjoint au curateur désigné, en tant que co-curateur. Conformément à l'article XX.20, §1^{er}, lorsque le failli est titulaire d'une profession libérale, le titulaire d'une telle profession qui offre des garanties de compétences en matière de procédure de liquidation* ». Ainsi, les ordres de professions libérales doivent tenir une liste de personnes faisant partie dudit ordre et qui peuvent être nommées comme co-curateur conformément à l'article XX.123 CDE⁸¹.

43. Selon Maître BISINELLA⁸², l'institution du co-curateur est contre-productive et totalement inutile. En effet, selon son expérience personnel, les co-curateurs ne sont absolument pas formés convenablement aux procédures d'insolvabilités. La justification avancée par le législateur – à savoir, le besoin d'un gestionnaire des règles déontologiques propre à la profession libérale du failli – est, selon lui, sans objet. Chaque profession possède ses particularités. Par ailleurs, il relève un « cafouillage » législatif à propos de la répartition des honoraires entre le curateur et le co-curateur.

⁸⁰ J-P, LEBEAU, « Les praticiens de l'insolvabilité », in *Le nouveau droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 222.

⁸¹ Art. XX.20, 1^{er}, al. 3 CDE.

⁸² Voy. point 3 de l'entretien écrit avec Maître BISINELLA (annexe n°1)

Section 2. Le juge-commissaire

§1. Notion

44. Le juge-commissaire (*de Rechter-commissaris, der Konkursrichter*) est un magistrat consulaire du tribunal de l'entreprise désigné par le jugement déclaratif de faillite afin d'accélérer la procédure de faillite et de surveiller la gestion du curateur⁸³. Il s'agit donc du contrôle judiciaire de la mission du curateur⁸⁴. Il n'intervient pas de manière directe dans l'administration de la faillite. S'il venait à s'immiscer dans la gestion du curateur, il risquerait d'engager sa responsabilité⁸⁵.

45. Ils ont souvent été décriés⁸⁶ pour laisser « *trop de liberté aux curateurs* », ou parce qu'ils sont « *débordés par leurs activités professionnelles* » ou qu'ils se sentent « *démunis devant ces professionnels de la liquidation* »⁸⁷. Cependant, ils possèdent un rôle important dans la procédure de faillite, ne serait-ce que pour leur fonction principale de surveillance du curateur⁸⁸. Maître BISINELLA confirme, lors de notre entretien écrit, que certains juges-commissaires se désintéressent des dossiers ou font preuve d'une personnalité néfaste lors des entretiens avec les faillis. Selon le curateur, la fonction de juge-commissaire est nécessaire et pertinente. Le problème ne viendrait donc pas de la fonction en elle-même mais plutôt du « casting » des juges-commissaires⁸⁹.

⁸³ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1000.

⁸⁴ N. THIRION, T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 761.

⁸⁵ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1006.

⁸⁶ Y. DUMON et J. WINDEY, « Questions spéciales de la faillite », in *L'entreprise en difficulté*, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1981, p.188, cité par A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1000.

⁸⁷ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1000.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 999.

⁸⁹ Voy. point 4 de l'entretien écrit avec Maître BISINELLA (annexe n°1).

§2. Désignation

A. Nomination

46. Selon l'article XX.104, al 1 CDE, le juge-commissaire est nommé par le tribunal de l'entreprise dans le jugement déclaratif de la faillite. Il s'agit d'un membre du tribunal mais il ne peut s'agir du président. En effet, les travaux parlementaires du projet de loi sur les faillites du 10 septembre 1992 précisent le souhait d'éviter que se reproduisent les « *fâcheux incidents* »⁹⁰ qui ont vu certains présidents mélanger les qualités : mener les enquêtes commerciales, déclarer la faillite, et se nommer juge-commissaire⁹¹. Par ailleurs, le juge-commissaire est nommé parmi les juges consulaires du tribunal de l'entreprise. Cependant, exceptionnellement il peut être nommé parmi les membres effectifs⁹². Lorsque la Cour d'appel doit déclarer la faillite, elle nomme le juge-commissaire parmi le tribunal de l'entreprise qui est compétent territorialement⁹³.

B. Durée du mandat et remplacement

47. Le mandat du juge-commissaire est valable durant toute la procédure de faillite. En cas de perte de sa qualité de juge-commissaire (par exemple, en perdant sa qualité de juge auprès du tribunal de l'entreprise), il lui incombera de demander son remplacement⁹⁴.

48. L'article XX.129, al. 3 CDE prévoit que, « *en cas d'empêchement du juge-commissaire, le président du tribunal ordonne son remplacement* ». Par ailleurs, le tribunal peut remplacer le

⁹⁰ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p.741.

⁹¹ *Doc. parl.*, Ch. session 1991-1992, n°631/013, p. 51.

⁹² *Doc. parl.*, Ch., session 1991 – 1992, n°631/001, p. 10.

⁹³ J. HEYVAERT, « La faillite », in I. VEROUGSTRAETE et consorts., *Vademecum du juge consulaire*, Bruxelles, 1988, p. 147.

⁹⁴ M. LEMAL, « La faillite » in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e édition, Liège, Wolters Kluwer, 2014, p. 49.

juge-commissaire à tout moment⁹⁵. Le juge-commissaire ne doit pas être entendu au préalable car il ne s'agit pas d'une sanction⁹⁶.

Les jugements ordonnant la nomination ou le remplacement du juge-commissaire sont de nature purement administrative et ne sont pas susceptibles d'opposition ou d'appel⁹⁷.

§3. Missions

A. Généralités

49. La mission du juge-commissaire est précisée à l'article XX.129, al. 1 CDE : « *Le juge-commissaire est chargé spécialement d'accélérer et de surveiller les opérations, la gestion et la liquidation de la faillite, et en particulier le règlement des créances des travailleurs du failli ; il ordonne les mesures urgentes qui sont nécessaires pour la sûreté et la conservation des biens de la masse, et il préside les réunions des créanciers du failli* ».

B. Compétence territoriale

50. La compétence territoriale du juge-commissaire se limite à l'arrondissement judiciaire dans lequel se trouve le tribunal de l'entreprise qui a prononcé la faillite et dont il est membre. Cependant, l'article XX.129, al. 5 CDE prévoit que « *le juge-commissaire peut procéder hors de son ressort à tous les actes relevant de ses attributions, s'il estime que des circonstances graves ou urgentes le requièrent* ».

⁹⁵ Art. XX.20, §6, al. 3 CDE.

⁹⁶ Cass., 4 septembre 2008, C.07.0564, *Pas.*, 2008/9, p. 1847, *Arr. Cass.*, 2008/9, p. 1849, *R.D.C.*, 2009/1, p. 75, note M. GREGOIRE, « Remplacement du juge-commissaire ou du curateur de faillite : un seul article pour deux régimes », pp. 77 – 79, *J.L.M.B.*, 2008/36, p. 1595, *R.W.*, 2010/41-2011, p. 1743 (sommaire) cité par A. ZENNER, *op. cit.*, p. 999..

⁹⁷ Art. XX.2, 2° CDE.

C. Contrôle général

51. La Cour de cassation a précisé, dans son arrêt du 21 avril 2006, la mission de juge-commissaire dans le cadre de l'article 35, al. 1 de la loi sur les faillites⁹⁸ (aujourd'hui devenu l'article XX.129, al. 1 CDE). La Cour estime que « *le devoir général de contrôle incombant au juge-commissaire implique qu'il veille, dans l'intérêt du failli et des créanciers, à ce que le curateur respecte les obligations légales qui doivent spécialement garantir la bonne gestion et la liquidation de la faillite* »⁹⁹.

52. Le juge-commissaire doit particulièrement veiller au versement du produit des réalisations par le curateur à la caisse des dépôts et consignations ou le versement desdites sommes sur un compte individualisé de manière à financer les opérations courantes¹⁰⁰. En cas de manquement à cette obligation de surveillance, le juge-commissaire – qui rappelons-le est un magistrat – peut engager la responsabilité de l'Etat¹⁰¹. Ainsi, dans l'arrêt susmentionné du 21 avril 2006, la Cour de cassation a estimé que « *l'Etat belge est responsable de la faute commise par le juge-commissaire dans le cadre de son pouvoir de contrôle et qui a causé un dommage. Cette faute doit être appréciée par rapport à l'attitude d'un juge-commissaire raisonnablement prudent et prévoyant qui se trouve dans les mêmes circonstances* ». Les faits à la base de cette décision sont diverses malversations du curateur. Le failli – demandeur en cassation – estimait que le juge-commissaire avait manqué à son obligation de contrôle. Ce manquement avait constitué un dommage sous la forme de la perte d'une chance. En effet, dans le cas où il n'y aurait pas eu lesdites malversations, la faillite aurait pu être clôturée. La cour d'appel de Bruxelles avait estimé que le juge-commissaire n'avait pas commis de faute en exerçant un contrôle plus approfondi envers le curateur. La Cour de cassation a rappelé le devoir légal de surveillance active qui incombe au juge-commissaire. Un manquement à celui-ci (appréciable sur base du critère du juge-commissaire normalement prudent et diligent) peut donc engager la responsabilité de l'Etat belge.

⁹⁸ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.

⁹⁹ Cass., 21 avril 2006, C.04.0614.N, *Pas.*, 2006/4, p. 916, *Arr. Cass.*, 2006/4, p. 925, *R.W.*, 2009/7-2010, p. 278.

¹⁰⁰ Art. XX. 144 CDE.

¹⁰¹ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1001.

D. Rapports

1. Rapports au Procureur du Roi

53. En vertu de l'article XX. 153, al. 2 CDE, le juge-commissaire doit formuler ses observations sur le mémoire communiqué par le curateur. Par ailleurs, le même alinéa stipule que le juge-commissaire doit avertir le Procureur du Roi en cas de retard de la remise du mémoire par le curateur¹⁰² et des raisons avancées pour justifier le retard.

Les observations du juge-commissaire (ainsi que le rapport déposé par le curateur au dossier de la faillite) sont « *de nature confidentielle et ne sont accessibles qu'au curateur, au juge-commissaire et au procureur du Roi* »¹⁰³.

54. Par ailleurs, le juge-commissaire étant un magistrat, il doit respecter le prescrit de l'article 29, al. 1 du Code d'instruction criminelle. Par conséquent, s'il a connaissance d'un crime ou d'un délit, il lui est enjoint de « *d'en donner avis sur-le-champ au procureur du Roi près le tribunal dans le ressort duquel ce crime ou délit aura été commis ou dans lequel l'inculpé pourrait être trouvé, et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ».

2. Rapports au tribunal

55. L'article XX.129, al. 2 CDE prévoit que le juge-commissaire peut faire un rapport à l'audience, de sa propre initiative ou sur demande du tribunal, à propos de tous les litiges découlant de la faillite. Le rapport doit intervenir avant les plaidoiries¹⁰⁴.

¹⁰² Le curateur dispose de deux mois, à partir de son entrée en fonction, pour communiquer le mémoire au juge-commissaire (art. XX.153, al. 1 CDE).

¹⁰³ Art. XX. 153, al. 2 *in fine* CDE.

¹⁰⁴ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1002.

56. Dans certains cas énumérés par le Code de droit économique, les rapports à l'audience sont obligatoires. Dans ces divers cas, le juge-commissaire rend un véritable avis afin que le tribunal puisse décider en opportunité¹⁰⁵. Par conséquent, lorsqu'il fait rapport, il ne peut siéger¹⁰⁶. Les cas de rapports obligatoires prévus par le Code de droit économique sont :

- le curateur qui souhaite prélever des honoraires provisionnels doit obtenir l'avis conforme du juge-commissaire¹⁰⁷;
- la demande de remplacement d'un curateur doit faire l'objet d'un rapport préalable à l'audience, en chambre du Conseil, du juge-commissaire¹⁰⁸ ;
- le juge-commissaire doit faire un rapport lorsque le curateur introduit une requête en désignation d'un curateur *ad hoc*¹⁰⁹ ;
- le tribunal statue sur les frais et honoraires du curateur *ad hoc* qu'après avoir entendu le rapport du juge-commissaire¹¹⁰ ;
- la demande de poursuite des activités ou de révocation/modification de ladite demande doit faire l'objet d'un rapport du juge-commissaire¹¹¹ ;
- la procédure de taxation des honoraires du curateur est effectuée sur base de l'avis du juge-commissaire¹¹² ;
- lorsqu'une transaction effectuée par le curateur dépasse 50'000 €, le juge-commissaire doit effectuer un rapport afin que le tribunal puisse autoriser ou non l'opération¹¹³ ;
- le tribunal ordonne la clôture de la faillite sur rapport du juge-commissaire¹¹⁴ ;
- lorsque le curateur demande l'autorisation de vendre de gré à gré un immeuble du failli, le juge-commissaire doit transmettre un rapport au tribunal¹¹⁵.

¹⁰⁵ A. ZENNER, *op.cit.*, pp. 1002 – 1003.

¹⁰⁶ Anvers, 20 décembre 2007, *Limb. Rechtsl.* 2008, liv. 3, p. 216, note M. HANSSEN.

¹⁰⁷ Art. XX.20, §5, al.1

¹⁰⁸ Art. XX.20, §6, al. 4 CDE.

¹⁰⁹ Art. XX. 127, al. 1 CDE.

¹¹⁰ Art. XX. 127, al. 3 CDE.

¹¹¹ Art. XX. 140, al. 1 CDE.

¹¹² Art. XX.145, al. 2 CDE.

¹¹³ Art. XX. 151, al. 2 CDE.

¹¹⁴ Art. XX. 171, al. 1 CDE.

¹¹⁵ Art. 1193ter, al. 3 C. jud.

E. Assemblée des créanciers

57. Selon l'article 129, al. 1 CDE, le juge-commissaire « *préside les réunions des créanciers du failli* ». Il lui est permis de convoquer une assemblée des créanciers du failli ou même seulement certains d'entre eux¹¹⁶. Lorsqu'un ou plusieurs créanciers – représentant plus d'un tiers des créances - demande la convocation d'une assemblée, le juge-commissaire doit procéder à ladite convocation¹¹⁷.

58. L'article XX.167, al. 3 CDE précise les modalités de convocation de l'assemblée des créanciers : « *le juge-commissaire ordonne la convocation des créanciers inscrits dans la faillite et fixe le lieu, le jour et l'heure de l'assemblée. Un avis est déposé dans le registre, par les soins du greffier, au moins un mois avant la date de l'assemblée. Le juge-commissaire peut toutefois autoriser la convocation des créanciers par lettre circulaire* ».

De même, « *lorsque toutes les contestations relatives aux créances sont clôturées et que la liquidation de la faillite est terminée, les créanciers et le failli sont convoqués par les curateurs, après vérification et approbation des comptes des curateurs, sur ordonnance du juge-commissaire qui en fixe la date, l'heure et le lieu* »¹¹⁸.

F. Autorisations du juge-commissaire

59. Dans certains cas énumérés par le Code de droit économique, les actes du curateur sont soumis à l'approbation du juge-commissaire (conjointement avec celle du tribunal dans certains cas) :

- lorsque le tribunal doit autoriser le curateur à prélever des remboursements de frais et des honoraires provisionnels, il est requis « *l'avis conforme* » du juge-commissaire¹¹⁹ ;

¹¹⁶ Art. XX. 167, al. 1 CDE.

¹¹⁷ Art. XX.167, al. 2 CDE.

¹¹⁸ Art. XX.170, al. 1 CDE.

¹¹⁹ Art. XX.20, §5, al. 1 CDE.

- lorsqu'une vente, fixée antérieurement mais à date proche du jugement déclaratif de faillite et faisant suite à une saisie mobilière ou immobilière, est remise ou abandonnée, l'autorisation du juge-commissaire est requise¹²⁰ ;
- le juge-commissaire se concerta avec le curateur afin de décider s'il y a lieu d'effectuer une descente sur les lieux¹²¹ ;
- le juge-commissaire autorise ou non le curateur à se faire assister par des professionnels lors de l'inventaire ou de la réalisation des actifs¹²² ;
- l'autorisation du juge-commissaire est requise lorsque le curateur souhaite « *délivrer au failli, personne physique, et à sa famille des meubles et effets nécessaires à leur propre usage* »¹²³ ;
- lorsque le curateur souhaite vendre des actifs sujets à déperissement prochain, à dépréciation imminente ou à des coûts de conservation disproportionnés.¹²⁴ Par ailleurs, le juge-commissaire ne dispose par du droit de choisir l'acquéreur¹²⁵ ;
- le failli peut demander au juge-commissaire l'autorisation d'ouvrir personnellement le courrier qui lui est adressé¹²⁶. En effet, l'article XX.143, al. 1 CDE autorise les curateurs à ouvrir les courriers adressés au failli ;
- le juge-commissaire fixe le montant maximal du compte individualisé ouvert par le curateur, lorsque celui-ci souhaite conserver une partie sommes recouvrées afin d'assurer le paiement des opérations courantes¹²⁷ ;
- l'état de répartition préparé par le curateur est signé par le juge-commissaire¹²⁸ ;
- lorsque le curateur souhaite transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse, il lui faut obtenir l'accord du juge-commissaire¹²⁹ ;
- le juge-commissaire fixe les conditions du travail effectué par le failli pour le curateur¹³⁰ ;

¹²⁰ Art. XX.120, al 2 CDE.

¹²¹ Art. XX. 133, al. 1 CDE.

¹²² Art. XX. 134, al. 3 CDE.

¹²³ Art. XX.141, al. 1 CDE.

¹²⁴ Art. XX.142 CDE.

¹²⁵ Comm. Dinant, 5 novembre 1985, *Rev. rég. dr.*, 1986, p. 56, cité par A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1006.

¹²⁶ Art. XX.143, al. 2 CDE.

¹²⁷ Art. XX.144, al. 2 CDE.

¹²⁸ Art. XX.145, al. 1 CDE.

¹²⁹ Art. XX.151, al. 1 CDE.

¹³⁰ Art. XX.152 CDE.

- le juge-commissaire décide de la répartition de l'actif entre les créanciers et son autorisation donne décharge au curateur¹³¹ ;
- le juge-commissaire ordonne la convocation de l'assemblée de reddition de comptes et de clôture de la faillite¹³² ;
- en cas de volonté du curateur de retirer les gages, l'article XX.181 CDE prévoit la nécessité d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire ;
- la vente par les curateurs des biens immobiliers du failli¹³³ ;
- lorsque les curateurs s'opposent à la revendication, dans l'intérêt de la masse, en payant le prix convenu entre le vendeur et le failli, ils doivent obtenir l'autorisation du juge-commissaire. Il en est de même lorsque les curateurs admettent les demandes en revendication.¹³⁴

G. Interventions particulières du juge-commissaire

60. Le Code de droit économique confie au juge-commissaire certaines interventions. A savoir, dans l'ordre chronologique des opérations :

- il peut demander l'avis des ordres ou des instituts dont dépend le failli¹³⁵ ;
- le juge-commissaire peut décider, au cas par cas, d'autoriser l'accès au registre visé à l'article XX.15 CDE à tout tiers qui en justifie l'intérêt¹³⁶ ;
- lorsqu'il entend les créanciers au sujet de contestations de créances, il dresse procès-verbal de leurs dires¹³⁷ ;
- il convoque le failli afin d'obtenir son avis sur la meilleure réalisation possible de l'actif¹³⁸.

¹³¹ Art. XX.167 CDE.

¹³² Art. XX.170, al. 1 CDE.

¹³³ Art. XX.193, §1^{er} CDE.

¹³⁴ Art. XX.201 CDE.

¹³⁵ Art. XX.1, §3 CDE.

¹³⁶ Art. XX.18, §1^{er}, al. 3 CDE.

¹³⁷ Art. XX.159 CDE.

¹³⁸ Art. XX.166, al. 2 CDE.

Section 3. Le tribunal de l'entreprise

61. Certains prérogatives en matière de procédure de faillite sont confiées par la loi au président du tribunal de l'entreprise (sous-section 1). Le tribunal dispose de certaines compétences en matière de faillite (sous-section 2).

Sous-section 1. Le président

62. Le contrôle des faillites de son ressort fait partie des prérogatives du président du tribunal de l'entreprise (*de voorzitter van de Ondernemingsrechtbank, der Sitzung Bericht*)¹³⁹.

63. Par ailleurs, la loi lui confère certaines prérogatives spécifiques en matière de faillite :

- le président du tribunal peut, « *lorsqu'il existe des indices graves, précis et concordants que les conditions de la faillites sont réunies* », dessaisir provisoirement le failli virtuel en désignant un ou plusieurs administrateurs provisoires¹⁴⁰ ;
- le président du tribunal ordonne le remplacement du juge-commissaire en cas d'empêchement de ce dernier¹⁴¹ ;
- il peut décider de limiter l'accessibilité des certaines données du registre, visé à l'article XX.15 CDE, en raison de leur nature confidentielle.¹⁴²
- lorsque le curateur signale au tribunal qu'il existe un risque « *de conflit d'intérêts ou d'apparence de partialité* » dans l'exerce de sa mission¹⁴³, le président du tribunal de l'entreprise décide s'il y a lieu de remplacer le curateur¹⁴⁴ ;
- les curateurs prêtent serment devant le président du tribunal de l'entreprise lors de leur inscription sur la liste des curateurs visée à l'article XX.122, §1^{er}, al. 1 CDE¹⁴⁵.

¹³⁹ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1009.

¹⁴⁰ Art. XX.32, §1^{er} CDE.

¹⁴¹ Art. XX.129, al. 3 CDE.

¹⁴² Art. XX.18, §1^{er}, al. 3 CDE.

¹⁴³ Art. XX.126, §3, al. 1 CDE.

¹⁴⁴ Art. XX.126, §3, al. 3 CDE.

¹⁴⁵ Art. XX. 126, §1^{er} CDE.

Sous-section 2. Le tribunal de l'entreprise

§1. La déclaration de faillite

64. Le tribunal de l'entreprise (*de Ondernemingsrechtbank, das Handelsgericht*) – aussi dénommé tribunal de l'insolvabilité (*de Insolventierechtbank, das Unternehmensgericht*) – déclare la faillite par jugement¹⁴⁶.

A. Compétence d'attribution et territoriale

65. Le Code judiciaire, en son article 574, 2°, confie aux tribunaux de l'entreprise la compétence de déclarer la faillite.

66. La compétence territoriale du tribunal est déterminée par l'article XX.12, §1 CDE. Il s'agit du tribunal de l'insolvabilité situé dans le ressort duquel se trouve les « *intérêts principaux du débiteur au jour où le tribunal est saisi* ». Le centre des intérêts principaux (COMI) est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être l'endroit où se situe le siège social lorsqu'il s'agit d'une société ou d'une personne morale¹⁴⁷. Lorsqu'il est question d'une personne physique (exerçant une profession libérale ou non), le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve du contraire, être le lieu de l'inscription (en cas d'exercice d'une profession libérale) ou le lieu d'activité principale¹⁴⁸. Par ailleurs, la présomption n'est d'application, selon le second paragraphe de l'article XX.12 CDE, « *que si le lieu d'activité principale n'a pas été transféré dans un autre ressort au court des trois mois précédant la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité* ».

¹⁴⁶ Art. XX.100, al. 1 CDE.

¹⁴⁷ Art. XX.12, §1er, al. 2 CDE.

¹⁴⁸ Art. XX.12, §1er, al. 3 CDE.

67. L'article XX.13 CDE précise que, lorsqu'un tribunal est compétent pour connaître de la faillite d'une entreprise, il est aussi compétent pour connaître de la faillite d'une entreprise liée.

B. La déclaration de faillite

68. La faillite doit être déclarée par un jugement du tribunal. Il s'agit de la condition de forme de l'application du régime de la faillite¹⁴⁹ (les conditions de fond étant : être une entreprise au sens du Code de droit économique, être en cessation de paiement et en ébranlement de crédit)¹⁵⁰.

Le tribunal doit vérifier que les conditions précitées soient réunies à la date de son jugement¹⁵¹. Si tel est le cas, il doit déclarer la faillite¹⁵² sauf en cas de suspension de la déclaration de faillite¹⁵³.

69. Lors de la déclaration de faillite, « *les membres de la chambre des entreprises en difficulté qui ont procédé à l'examen de la situation du débiteur ne peuvent pas siéger dans le cadre d'une procédure de faillite (...) qui concernerait ce débiteur* »¹⁵⁴. Cette solution va de soi afin d'offrir toutes les garanties d'indépendance requises par la Constitution en ce qui concerne les juges.

70. Le jugement doit contenir les éléments contenues à l'article XX.104 (nomination du juge-commissaire, désignation du/des curateur(s) chargé(s) d'administrer la faillite, ordre donné aux

¹⁴⁹ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 871.

¹⁵⁰ Art. XX.99, al. 1 CDE.

¹⁵¹ N. THIRION, T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, *op. cit.*, p. 744.

¹⁵² Liège, 4 novembre 1993, Pas., 1993, p. 13, Rév. rég. dr., 1994, p. 215, cité par A. ZENNER, *op. cit.*, p. 887.

¹⁵³ Art. XX.101 CDE.

¹⁵⁴ Art. XX.29, §3 CDE.

créanciers de déclarer leurs créances, date du dépôt du premier procès-verbal de vérification de créances). Cependant, en cas d'omission du tribunal d'un ou plusieurs de ces éléments dans le jugement déclaratif, celui-ci n'est pas nul et le tribunal pourra corriger ses oublis¹⁵⁵.

§2. Autres interventions du tribunal de l'entreprise durant la procédure de faillite

71. Outre la déclaration de faillite, le tribunal intervient à plusieurs stades de la procédure de faillite, à savoir :

- le tribunal peut autoriser la poursuite des activités par le curateur, le failli ou par un tiers sous la surveillance du curateur¹⁵⁶ ;
- le tribunal peut homologuer un transfert d'entreprise demandé par le curateur¹⁵⁷
- Il ordonne, le cas échéant, la clôture ordinaire de la faillite¹⁵⁸ ;
- il se prononce sur l'effacement des dettes du failli non liquidées par la procédure de faillite¹⁵⁹ ;
- le tribunal se prononce sur la décharge des suretés personnelles à titre gratuit du failli.¹⁶⁰

¹⁵⁵ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 890.

¹⁵⁶ Art. XX.140 CDE.

¹⁵⁷ Art. XX.166, §3 CDE.

¹⁵⁸ Art. XX.171, al. 1 CDE.

¹⁵⁹ Art. XX.173, §2 et §3 CDE.

¹⁶⁰ Art. XX. 176, al. 1 CDE.

Section 4 - Le ministère public

§1. Statut

72. La mission du ministère public (*het Openbaar Ministerie, der Staatanwaltschaft*) consiste à sauvegarder l'ordre public et l'intérêt général¹⁶¹. Par conséquent, l'article 151, al. 1 C. jud. prévoit que « *le procureur du Roi est assisté par un ou plusieurs substituts dont un ou plusieurs sont spécialisés en matière commerciale* ». Ainsi, l'introduction et la surveillance de la faillite sont confiées à des personnes spécialisées en la matière¹⁶².

§2. Attributions du ministère public en matière de faillite

A. Demande de faillite

73. À la suite de la suppression de la faillite d'office en 1997, le législateur a donné compétence au ministère public pour introduire une demande de faillite¹⁶³. En effet, l'ordre public peut être mis en péril par des entreprises en état de faillite « virtuelle ».

Il ne peut s'agir que d'une citation et non d'une requête¹⁶⁴.

B. Droit de surveillance et d'information

74. Le procureur du Roi (*de procureur des Konings, der prokurator des Königs*) dispose, en vertu de l'article XX.130 CDE, d'un droit de surveillance général des opérations de faillite :

¹⁶¹ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1021.

¹⁶² N. THIRION, T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, *op. cit.*, p. 761.

¹⁶³ Art. XX.100, al. 1 CDE.

¹⁶⁴ Liège, 27 mai 1999, *J.T.*, 2000, p.87.

« le procureur du Roi peut assister à toutes les opérations de la faillite et se faire donner par les curateurs tous les renseignements qu'il juge utiles ».

Ainsi, le ministère public a accès au registre visé à l'article XX.15 CDE¹⁶⁵. Le registre contient le mémoire du curateur requis par l'article XX.153 CDE.

C. Information du tribunal, du juge-commissaire et des curateurs

75. Il incombe au ministère public de poursuivre les infractions liées à l'état de faillite¹⁶⁶. Dans ce cadre, lorsqu'un *« failli ou les gérants et administrateurs de la personne morale faillie sont poursuivis du chef d'une infraction prévue aux articles 489, 489bis, 489ter, 490bis ou 492bis du Code, ou si un mandat d'amener ou d'arrêt a été décerné contre eux, ou s'ils ont été convoqués par la chambre du conseil ou cités devant le tribunal correctionnel pour les motifs précités »*, le procureur du Roi doit informer les curateurs et le juge-commissaire¹⁶⁷.

76. Cependant, le tribunal ne peut ordonner au ministère public de verser les pièces du dossier répressif dans le dossier de la faillite¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Art. XX.18, §1^{er}, al. 1 CDE.

¹⁶⁶ Art. 22 C.I.cr.

¹⁶⁷ Art. XX.154 CDE.

¹⁶⁸ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 1023.

Chapitre 2 – Droit suisse

77. Le droit suisse de la faillite se caractérise par la « fonctionnarisation » des acteurs de la faillite. Ainsi, bien que le présent travail de fin d'études se concentre sur le protagoniste principal de faillite de droit suisse – l'office des poursuites -, il est indispensable de faire mention des autorités de surveillance.

Section 1. L'office des faillites

78. A titre préliminaire, il convient de souligner le fait que l'office des faillites est quasiment indissociable de l'office des poursuites. L'office des poursuites est compétent en ce qui concerne *la poursuite préalable* (annonce formelle du créancier de poursuivre ses prétentions et possible examen judiciaire du bien fondé des prétentions) et *l'exécution spéciale* (c'est-à-dire la poursuite par voie de saisie)¹⁶⁹. Cependant, l'étude des deux offices dépasse largement le cadre du présent travail. Ainsi, seules les règles concernant l'office des faillites seront abordées.

§1. Historique

79. Au XIXème siècle, la Suisse n'est pas encore un Etat fédéral. Il s'agit encore de la Confédération des XXII cantons. Par conséquent, le droit des poursuites n'est pas établi au niveau fédéral et les cantons déterminent librement cette matière sur leurs territoires respectifs.

Ainsi, les cantons romands ne possédaient quasiment pas de système de faillite. Le système de la saisie y prévalait. Certains cantons alémaniques ne connaissaient que la faillite. D'autres cantons préféraient le système de la saisie et, si celle-ci n'aboutissait pas, une procédure de

¹⁶⁹ K. AMONN, F. WALTHER, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9^e édition, Stämpfli Editions, Berne, 2013.

faillite était engagée¹⁷⁰. A la suite de la guerre du Sonderbund¹⁷¹ et de la naissance de l'Etat fédéral¹⁷², le droit des poursuites fut harmonisé par une loi fédérale¹⁷³. Cette loi fut soumise à la votation populaire le 17 novembre 1889. Le « oui » l'emporta avec 52,9%. Les cantons les plus opposés au projet de loi furent les anciens membres du Sonderbund, ainsi que les Grisons et Argovie¹⁷⁴.

80. Dans le canton de Vaud, avant la loi fédérale de 1889¹⁷⁵, prévalait la procédure de « discussion de biens ». Il s'agit d'un équivalent au droit de la faillite. La masse était administrée et liquidée par une commission *ad hoc* nommé par les tribunaux¹⁷⁶.

§2. Notion

81. L'office des faillites (*der Konkursamt, l'Ufficio dei fallimenti*) est l'organe d'exécution de la faillite. L'office des faillites est une autorité administrative totalement indépendante du pouvoir judiciaire¹⁷⁷.

82. L'office des faillites intervient dès le prononcé du jugement de faillite du débiteur¹⁷⁸. Il procède automatiquement à l'exécution de la faillite¹⁷⁹ pour aboutir à la liquidation en procédure ordinaire ou en procédure sommaire. Cependant, la première assemblée des créanciers peut décider de déléguer la responsabilité de l'office à une administration spéciale.¹⁸⁰

¹⁷⁰ W. A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *Voies d'exécution*, 3^e édition, Stämpfli Editions, Berne, 2016, p. 17.

¹⁷¹ 3 – 29 novembre 1847. Certains cantons (Valais, Schwytz, Uri, Unterwald, Lucerne, Zoug et Fribourg) catholiques, conservateurs et sécessionnistes tentent de s'opposer au confédéralisme qui devient de plus en plus centralisateur. Ce conflit va permettre l'émergence de la Suisse moderne et de l'Etat fédéral.

¹⁷² La nouvelle constitution est votée le 12 septembre 1848.

¹⁷³ Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et de la faillite du 11 avril 1889, RO **11** 488.

¹⁷⁴ Tableau récapitulatif de la votation n°33, disponible sur www.bk.admin.ch, rubrique « *droits politiques* » et sous-rubrique « *votations* ».

¹⁷⁵ Plus précisément lors de l'adoption du Code de procédure de 1824.

¹⁷⁶ C. BALLENEGGER, *Le droit vaudois des poursuites : 1803 – 1891*, Bibliothèque historique vaudoise, Lausanne, 2013, p. 115.

¹⁷⁷ P. MONTAVON, *Abrégé de droit des poursuites, de la faillite et des concordats*, Editions juridiques AMC, Lausanne, 2004, p.11.

¹⁷⁸ art. 171 et 176 LP.

¹⁷⁹ art. 236 et 237, al. 2 LP.

¹⁸⁰ art. 237, al. 1 LP.

§3. Organisation

83. Les articles 1 à 4 de la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et de la faillite du 11 avril 1889 (ci-après « LP »), l'article 6 de l'ordonnance¹⁸¹ du Tribunal fédéral du 13 juillet 1911 sur l'administration des offices des faillites (OAOF¹⁸²) contiennent certaines règles générales fédérales sur l'organisation des offices des faillites chargés de l'application de la LP. Cette dernière possède le caractère d'une loi-cadre¹⁸³.

Le cadre fédéral susmentionné est complété par les règles cantonales d'application. En effet, l'organisation effective des offices des faillites incombe aux cantons¹⁸⁴.

A. Règles fédérales

84. Le territoire formé par chaque canton constitue un ou plusieurs arrondissements d'administration de faillite¹⁸⁵. La quantité et l'étendue territoriale desdits arrondissements sont fixés par les cantons¹⁸⁶.

Chaque arrondissement de faillite dispose d'un office des faillites¹⁸⁷. L'office est dirigé par un préposé (*der Konkursbeamte, l'ufficiale dei fallimenti*). Le préposé doit disposer d'un substitut apte à le remplacer s'il est empêché¹⁸⁸.

¹⁸¹ En effet, jusqu'au 1^{er} janvier 2007, le Tribunal fédéral était compétent en matière de haute surveillance. Par conséquent, il lui incombait de déterminer le fonctionnement générales des offices des faillites (sous réserves des compétences strictement cantonales), d'où l'existence d'une « ordonnance ».

¹⁸² RS 281.32.

¹⁸³ ATF 114 III 1 ss, JdT 1990 II 124 ss

¹⁸⁴ art. 2, al. 5, et art. 3 LP.

¹⁸⁵ Art. 1, al. 1 LP.

¹⁸⁶ art. 1, al. 2 LP.

¹⁸⁷ art. 2, al. 3 LP.

¹⁸⁸ art. 2, al. 3 LP.

85. Par ailleurs, les cantons peuvent décider de réunir sous la même direction l'office des poursuites¹⁸⁹ et l'office des faillites¹⁹⁰. Le préposé (c'est-à-dire le fonctionnaire chargé de la direction de l'office) sera, dans ce cas, préposé aux poursuites et aux faillites. Ainsi, deux systèmes d'organisation prévalent entre les cantons romands¹⁹¹. Les cantons de Vaud¹⁹², Jura¹⁹³, Valais¹⁹⁴, Neuchâtel¹⁹⁵ et Genève¹⁹⁶ (ainsi que Berne¹⁹⁷) disposent d'un office des poursuites et d'un office des poursuites par arrondissements. L'organisation par arrondissements sera identique pour les poursuites et pour les faillites. A l'inverse, le canton de Fribourg dispose de plusieurs offices des poursuites et d'un seul office des faillites pour l'ensemble du canton¹⁹⁸.

B. Règles cantonales

86. Les cantons disposent d'une grande liberté dans l'organisation de l'office. En effet, seul le cadre fédéral susmentionné est imposé aux cantons.

L'organisation de l'office appartient, *in fine*, aux cantons. Ainsi, les préposés sont des fonctionnaires cantonaux¹⁹⁹. Ils peuvent, selon le droit de chaque canton, être élus ou nommés par le peuple, le conseil d'État ou par le tribunal cantonal.

¹⁸⁹ L'office des poursuites constitue l'organe d'exécution entre un créancier et un débiteur. Il notifie le commandement de payer, saisit et réalise les biens. Les cantons peuvent décider des constituer plusieurs offices des poursuites sur un arrondissement de faillites (art. 1, al. 3 LP). Il constitue le pendant « fonctionnarisé » suisse de l'huissier en Belgique.

¹⁹⁰ art. 2, al. 4 LP.

¹⁹¹ C'est-à-dire francophones.

¹⁹² art. 2, al. 1 LVLP-VD.

¹⁹³ art. 4, al. 1 LALP-JU.

¹⁹⁴ art. 1, al. 1 LALP-VS.

¹⁹⁵ art. 1 LiLP-NE.

¹⁹⁶ art. 1, al. 1 LALP-GE.

¹⁹⁷ art. 1 LiLP-BE.

¹⁹⁸ art. 2 LALP-FR.

¹⁹⁹ P-R GILLIERON, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, 5^e édition, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012, p. 46.

De même, la rémunération des différents collaborateurs de l'office (préposés, substituts, fonctionnaires et employés) est fixée par le droit cantonal (art. 3 LP).

1. Nomination

87. Dans le canton de Vaud, « *les préposés doivent être porteurs d'un brevet d'aptitude, délivré par le Tribunal cantonal à la suite d'épreuves que cette autorité organise et dont elle arrête le règlement ou d'un brevet fédéral d'expert en matière de droit des poursuites pour dettes et la faillite* »²⁰⁰.

88. Dans le canton de Genève, les fonctionnaires de l'office sont nommés par le Conseil d'Etat²⁰¹. Il en est de même dans le canton du Valais²⁰².

89. Dans le canton de Fribourg, « *les préposé-e-s doivent être en possession d'un titre universitaire adéquat ou d'un titre délivré par une haute école ou encore bénéficier d'une formation spécifique en matière d'exécution forcée. Ils doivent en outre disposer de bonnes connaissances théoriques et pratiques en la matière.*

Les compétences des autres employé-e-s spécialisés des offices, notamment des substituts et substitutes, doivent être attestées par un certificat de formation générale en matière de poursuite et de faillite reconnu par le Tribunal cantonal »²⁰³.

²⁰⁰ Art. 10 LVLP-VD.

²⁰¹ Art. 3 LALP-GE.

²⁰² Art. 3 LALP-VS.

²⁰³ Art. 3 LALP-FR.

2. Rémunération

i. Rémunération du préposé et des fonctionnaires de l'office

90. Le préposé et les membres de l'office sont des fonctionnaire cantonaux. Par conséquent, ils sont soumis aux traitements prévus pour les fonctionnaires du canton selon leur classe.

91. Le Règlement du 28 novembre 2008 relatif au système de rétribution des collaborateurs de l'Etat de Vaud (RSRC) détermine les échelles de salaires prévus pour les fonctionnaires du canton de Vaud en 2020.

ii. Les émoluments perçus par l'office

92. L'office perçoit pour le compte de l'Etat les divers émoluments prévus pour les actes effectués par ses soins dans le cadre d'une faillite²⁰⁴.

Ainsi, l'Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP) du 23 septembre 1996²⁰⁵ énumère les divers émoluments dus selon l'acte considéré.

Afin de faciliter la lecture, l'OELP est annexé au présent travail de fin d'étude (annexe n°2). Le lecteur curieux y trouvera, au Chapitre 3 (art. 43 et suivants), les émoluments dus en matière de faillite.

²⁰⁴ Art. 1, al. 1 OELP.

²⁰⁵ RO 1996 2937.

§4. Devoirs, obligations et interdictions des préposés et fonctionnaires des offices des faillites

A. Devoir de neutralité

93. Les préposés et fonctionnaires des offices des faillites ne sont ni les représentants des créanciers, ni ceux du débiteur. Par conséquent, ils doivent être neutres. Ainsi, lorsque la loi leur permet un pouvoir d'appréciation, ils doivent respecter le prescrit de l'article 4 du Code civil²⁰⁶ et concilier les intérêts des créanciers et ceux du débiteur²⁰⁷.

94. Lorsqu'un préposé ou un fonctionnaire de l'office viole ce devoir et que la personne lésée a porté plainte dans les dix jours de la connaissance de l'acte ou de la décision, l'acte ou la décision accompli est annulable. Une action en dommage et intérêts est envisageable²⁰⁸.

B. Les conflits d'intérêts

1. Devoir de se récuser

95. Le préposé, les employés de l'office et les membres des autorités de surveillance ont une obligation générale d'impartialité²⁰⁹. Ils ne peuvent effectuer un acte de leur office qui concerne leurs intérêts propres²¹⁰, les intérêts de leurs proches²¹¹, ou les intérêts d'une personne dont ils sont le représentant, le mandataire ou l'employé²¹². De manière générale, leur impartialité est

²⁰⁶ « Le juge applique les règles du droit et de l'équité, lorsque la loi réserve son pouvoir d'appréciation ou qu'elle le charge de prononcer en tenant compte soit des circonstances, soit de justes motifs. »

²⁰⁷ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 47.

²⁰⁸ *Ibidem*.

²⁰⁹ Art. 10, al. 1 LP

²¹⁰ Art. 10, al. 1 ch. 1 LP

²¹¹ Art. 10, al. 1 ch. 2 et 2bis LP ; art. 20 et 21 du Code civil

²¹² Art. 10, al. 1 ch. 3 LP

mise en cause lorsqu'ils peuvent avoir « *opinion préconçue* » dans la situation en question²¹³. Ils doivent, dans ce cas, se récuser.

96. Le devoir de se récuser pour un préposé, les fonctionnaires et employés de l'office des faillites est prévu à l'article 10 LP. Les membres de l'administration spéciale d'une faillite sont quant à eux concernés par l'article 241 LP.

Le préposé, les employés de l'office et les membres de l'autorité de surveillance doivent se récuser d'office. Cependant, la récusation peut être demandée par les créanciers ou le débiteur. En cas de refus de se récuser de la part d'un préposé, fonctionnaire ou employé de l'office des faillites, une plainte peut être portée devant l'autorité de surveillance. En effet, il s'agit d'« *un acte contraire à la loi* »²¹⁴. Une plainte peut aussi déposée contre une décision prise par un fonctionnaire qui aurait dû se récuser. Cependant, l'acte n'est pas nul de plein droit. Il n'est qu'annulable²¹⁵.

2. Interdiction de conclure pour son propre compte

97. Lorsque les préposés et les fonctionnaires des offices des faillites concluent, pour leur propre compte, une affaire se rapportant à la faillite, l'acte entrepris est nul²¹⁶.

Par ailleurs, l'obligation d'impartialité qui pèse sur les préposés et fonctionnaires de l'office leur interdit d'acquérir eux-mêmes les objets que l'office des faillites est chargé de réaliser²¹⁷.

²¹³ Art. 10, al. 1 ch. 4 LP

²¹⁴ Art. 17, al. 1 LP.

²¹⁵ SchKGkommission Lucerne, 24 août 1989, BISchK 1992, p. 183.

²¹⁶ art. 11 LP.

²¹⁷ ATF 122 III 335 considérant 2c.

C. Devoir d'entraide

98. Les offices des faillites, en vertu du principe de territorialité, ne peuvent exercer leurs compétences que dans leur arrondissement²¹⁸.

Ainsi, lorsqu'un office des faillites doit agir hors de son arrondissement, il doit adresser une requête d'entraide à l'office compétent de l'arrondissement concerné²¹⁹ ou lui demander son consentement²²⁰. Lorsqu'un office est saisi d'une requête d'entraide, il a l'obligation d'agir²²¹.

D. Obligation de tenir des procès-verbaux et des registres

99. L'article 8, al. 1 LP ainsi que l'article 2 OAOF du 13 juillet 1911 prévoient que l'office des faillites doit tenir des « *procès-verbaux* ». Le document le plus important est le procès-verbal de faillite²²². Il s'agit d'un formulaire (disponible sur le site internet bj.admin.ch) qui contient toutes les opérations, réquisitions des parties, déclarations, et documents d'une faillite depuis son prononcé jusqu'à la décision de clôture²²³. Cependant, le procès-verbal de faillite ne contient pas les raisons ayant mené le débiteur à la faillite. Le document ne contient que les opérations de faillite, le déroulement de la procédure.

100. Un procès-verbal de faillite est tenu pour chaque procédure de faillite. Ils font foi jusqu'à preuve du contraire (présomption d'exactitude) et l'office doit les rectifier d'office ou sur demande lorsqu'ils sont inexacts²²⁴.

²¹⁸ W. A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 33.

²¹⁹ art. 4, al. 1 LP

²²⁰ art. 4, al. 2 LP

²²¹ ATF 141 III 580; TF, 19 octobre 2015, arrêt 5A_80/2015, considérants 3.2 et 3.3.

²²² Art. 8 OAOF.

²²³ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 35.

²²⁴ Art. 8, al. 2 et 3 LP.

101. Les procès-verbaux de l'office des faillites constituent des titres publics²²⁵. Par conséquent, les procès-verbaux peuvent être consultés par toute personne justifiant d'un intérêt²²⁶. En effet, l'office des faillites doit respecter le principe de la transparence à l'égard des tiers. L'article 8a, al.2 LP précise que « *cet intérêt est rendu vraisemblable en particulier lorsque la demande d'extrait est directement liée à la conclusion ou à la liquidation d'un contrat* » et la jurisprudence estime que l'intérêt doit être particulier, actuel, juridique et digne de protection²²⁷. Un intérêt journalistique n'est pas considéré comme un intérêt permettant la consultation du procès-verbal²²⁸. Le préposé apprécie *in casu* si la personne souhaitant consulter le document dispose d'un intérêt vraisemblable. Le refus d'accorder le droit de consultation peut être attaqué par la voie de la plainte²²⁹. Ce droit de consultation a une durée de cinq ans à partir de la clôture de la faillite²³⁰. Cette consultation peut se faire sur internet via le portail de des poursuites de l'Office fédéral de la Justice. Par ailleurs, le débiteur peut s'opposer au droit de consultation du procès-verbal par la voie de plainte. S. MARCHAND relève une contradiction dans une jurisprudence bernoise rendue à ce sujet : la juridiction estime que le débiteur ne peut pas être informé des personnes souhaitant consulter les documents de poursuites le concernant²³¹. Ainsi, l'auteur précité se pose la question de savoir comment le débiteur pourrait-il porter plainte contre ce droit de consultation s'il ne peut en avoir connaissance²³².

Les procès-verbaux ont une portée importante et peuvent avoir une influence déterminante sur la réputation d'une personne ou d'une société²³³.

²²⁵ ATF 38 I 303, JdT 1912 II 134 – 135).

²²⁶ Art. 8a, al. 1 LP.

²²⁷ ATF 94 III 43; ATF 95 III 5; ATF 115 III 81; ATF 105 III 38, cite par S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 41.

²²⁸ S. MARCHAND, *Précis de droit des poursuites*, 2^e édition, Genève – Zürich – Bâle, Schultess, 2013.

²²⁹ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 49.

²³⁰ Art. 8a, al. 4 LP.

²³¹ Berne, 25 février 2010, BISchK 2010, p. 248, cité par S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 41.

²³² S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 41.

²³³ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 35.

E. Obligation d'établir des relevés statistiques

102. L'office des faillites doivent transférer les informations relatives aux faillites au Bureau fédéral de la statistique.²³⁴ Les statistiques en matière de poursuites sont publiées dans la FOSSC, l'annuaire statistique de la Suisse et les BLSchK (*Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs*)²³⁵²³⁶.

§5. L'administration spéciale

103. Bien que le droit suisse se caractérise par l'administration de la faillite par un organe étatique – l'Office des faillites –, il prévoit aussi la possibilité pour les créanciers de confier l'administration de la faillite à une administration privée – l'administration spéciale (*die ausserordentliche Konkursverwaltung, l'amministrazione speciale del fallimento*)²³⁷. Il ne s'agit pas d'un mandataire privé des créanciers²³⁸. Le Tribunal fédéral a admis, en 1975, que l'administration spéciale soit aussi exercée par une personne morale²³⁹. Cependant, les personnes doivent être indépendantes²⁴⁰. Ainsi, l'administration de la faillite ne peut être confiée à des créanciers²⁴¹.

La possibilité pour la première assemblée des créanciers de confier l'administration de la faillite à une administration spéciale peut découler du fait que « *la faillite est complexe ou exige des connaissances particulières* »²⁴².

²³⁴ Directives du 17 mars 1967 concernant la statistique fédérale des poursuites.

²³⁵ C'est-à-dire les Bulletins de poursuites et faillites (traduction libre).

²³⁶ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 55.

²³⁷ Art. 237, al. 2 et 241 LP.

²³⁸ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 452.

²³⁹ ATF 101 III 46, JdT 1976 II 11.

²⁴⁰ Art. 10 LP.

²⁴¹ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 358.

²⁴² *Ibidem*, p. 357.

104. Si une administration spéciale est instituée, elle possède les mêmes pouvoirs que l'Office des faillites²⁴³. Elle peut faire l'objet de sanctions disciplinaires par l'autorité de surveillance et elle peut aussi engager la responsabilité de l'Etat²⁴⁴. Par ailleurs, elle dispose du même régime de rémunération que l'Office des faillites sauf si l'autorité de surveillance en décide autrement²⁴⁵.

²⁴³ Art. 241 LP et art. 97 OAOF).

²⁴⁴ Art. 241 LP.

²⁴⁵ Art. 47 OELP.

Section 2. Les autorités de surveillance

105. La loi sur les poursuites pour dettes et la faillite institue des autorités de surveillance (*Aufsichtsbehörden, Autorità di vigilanza*). Celles-ci existent au niveau cantonal (sous-section 1) et au niveau fédéral (sous-section 2).

Sous-section 1. Les autorités de surveillance cantonales

§1. Notion

106. L'article 13, al. 1 LP stipule que « *chaque canton désigne une autorité de surveillance pour (...) les offices des faillites* ». Les cantons peuvent prévoir l'existence d'une autorité inférieure (c'est-à-dire de premier degré) et d'une autorité supérieure²⁴⁶. Ainsi, dans le Canton de Vaud, l'autorité inférieure de surveillance est le président du tribunal d'arrondissement²⁴⁷ et l'autorité supérieure est le Tribunal cantonal²⁴⁸. Les cantons de Genève, Fribourg, Berne, et Tessin ne prévoient qu'une seule autorité de surveillance, à savoir respectivement : la chambre de surveillance de la Cour de justice²⁴⁹, le Tribunal cantonal²⁵⁰, la Cour suprême²⁵¹ et la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal d'appel²⁵². Le canton du Valais, quant à lui, prévoit que le Conseil d'Etat est compétent²⁵³ pour effectuer les compétences des articles 13 et 14 LP²⁵⁴ tandis qu'il instaure deux instances compétentes (le juge de district et le tribunal cantonal) en matière de plainte contre les mesures des offices²⁵⁵.

²⁴⁶ Art. 13, al. 2 LP

²⁴⁷ Art. 15, al. 1 LVLP-VD.

²⁴⁸ Art. 14, al. 1 LVLP-VD.

²⁴⁹ Art. 6, al. 1 LALP-GE.

²⁵⁰ Art. 5 LALP-FR.

²⁵¹ Art. 10 LiLP-BE.

²⁵² Art. 10 LALEF-TI.

²⁵³ Art. 3a LALP-VS.

²⁵⁴ A savoir l'inspection et les mesures disciplinaires.

²⁵⁵ Art. 19 et suivants LALP-VS.

107. Les autorités de surveillance cantonales sont chargées d'inspecter les offices des faillites. Par ailleurs, elles sont chargées de traiter les plaintes contre les mesures de l'office des faillites²⁵⁶.

§2. Attributions de l'autorité de surveillance

A. Pouvoir de surveillance

108. L'autorité de surveillance est chargée d'inspecter les offices « *au moins une fois par an* »²⁵⁷. Il s'agit d'une surveillance générale²⁵⁸. Dans ce cadre, elle contrôle les activités de l'Office des faillites. Cette inspection fait l'objet d'un rapport au Conseil fédéral (plus précisément à l'Office fédéral de la justice), qui exerce la haute surveillance des offices annuellement²⁵⁹.

Le Tribunal fédéral a rappelé²⁶⁰ le contenu du rapport que doit fournir l'autorité cantonale de surveillance à l'Office fédéral de la justice²⁶¹. Il doit contenir : des renseignements sur l'inspection des offices, des informations sur l'activité des autorités de surveillance (tableau statistique des plaintes et recours contre les plaintes), s'il a été fait usage de mesures disciplinaires, et des renseignements sur les instructions qui ont été faites aux offices et les difficultés rencontrées²⁶².

Par ailleurs, l'autorité de surveillance exerce un contrôle *in casu* dans le cadre des procédures de plaintes.

²⁵⁶ Art. 17, al. 1 LP

²⁵⁷ Art. 14, al. 1 LP.

²⁵⁸ W. A. STOFFEL et I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 39.

²⁵⁹ Art. 15, al. 3 LP et art. 2 OHS-LP.

²⁶⁰ En effet, le contenu du rapport est contenu dans la circulaire n°14 du 6 février 1905.

²⁶¹ ATF 128 III 154 – 155.

²⁶² P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 55.

B. Plainte contre les décisions de l'Office

109. L'autorité de surveillance cantonale reçoit les plaintes contre les décisions de l'Office des faillites²⁶³ (ainsi que celles prises par une administration spéciale²⁶⁴).

110. Le délai de plainte est de dix jours à partir du jour de la prise de connaissance de la décision de l'Office²⁶⁵. Cependant, l'article 17, al. 3 LP précise qu'il « *peut être porté plainte en tout temps pour déni de justice ou retard non justifié* ». Par ailleurs, la loi²⁶⁶ donne la possibilité à l'Office de corriger la décision litigieuse pendant le délai de plainte²⁶⁷. L'Office doit, dans ce cas, « *notifier [la nouvelle décision] sans délai aux parties et en donne connaissance à l'autorité de surveillance* »²⁶⁸. Une nouvelle décision n'est possible que durant le délai de plainte sauf s'il s'agit d'une nullité de plein droit de la décision²⁶⁹. Le plaignant dispose à nouveau d'un délai de dix jours pour modifier ou maintenir sa plainte²⁷⁰.

111. La plainte n'est soumise à aucune règle de forme. Elle peut être faite par tout intéressé qui justifie d'un intérêt juridique (créanciers, débiteur, tiers)²⁷¹.

112. Les motifs de plainte sont : une violation de la loi, une décision inopportune, une absence de décision constituant un déni de justice, un retard injustifié. Cependant, dans le cas où l'Office procéderait à une mauvaise appréciation des faits qui rendrait une décision inopportune, une plainte n'est pas concevable²⁷².

²⁶³ Art. 17, al. 1 LP.

²⁶⁴ Art. 241 LP.

²⁶⁵ Art. 17, al. 2 LP.

²⁶⁶ Art. 17, al. 4 LP.

²⁶⁷ S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 19.

²⁶⁸ Art. 17, al. 4 LP.

²⁶⁹ TF, 20 octobre 2009, BISchK 2010, 153.

²⁷⁰ S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 18.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 18.

²⁷² *Ibidem*, p. 19.

113. Outre la possibilité pour l'Office de réexaminer la décision litigieuse, la plainte permet, le cas échéant, à l'autorité de surveillance d'annuler la mesure faisant l'objet de la plainte. L'autorité de surveillance peut aussi prendre une nouvelle décision qui viendra se substituer à celle de l'Office. Cependant, en cas de nouvelle décision ou de modification de la mesure de l'Office, l'autorité de surveillance « *ne peut aller au-delà des conclusions des parties* »²⁷³. L'autorité de surveillance peut aussi ordonner l'exécution de mesure dont le fonctionnaire « *se refuse indûment de procéder ou dont il retarde l'accomplissement* »²⁷⁴. Chaque droit cantonal détermine si la plainte possède un effet suspensif ou non²⁷⁵.

114. Dans le cas où une plainte est rejetée, la mesure litigieuse reprend plein effet avec effet rétroactif²⁷⁶. Une exception à ce principe a lieu lorsqu'une application rétroactive de la décision n'est pas matériellement ou raisonnablement possible²⁷⁷.

C. Décisions nulles de plein droit

115. Il incombe à l'autorité de surveillance de constater d'office (« *indépendamment de toute plainte* »²⁷⁸) les mesures nulles de plein droit. Ainsi, lorsque le juge de la faillite constate un doute sur sa compétence ou que le for de poursuite n'est pas compétent, il doit ajourner son jugement et soumettre le problème à l'autorité de surveillance²⁷⁹. Un recours auprès du Tribunal fédéral (TF) est possible contre une décision de l'autorité de surveillance supérieure²⁸⁰. Cependant, si le TF considère que le recours est irrecevable alors la nullité de la décision ne pourra plus être constatée²⁸¹. Selon S. MARCHAND²⁸², cette position du TF est critiquable. Il estime que, bien que le TF n'exerce plus la haute surveillance des offices²⁸³, « *il n'en reste pas*

²⁷³ Art. 20a, al. 2, ch. 3 LP

²⁷⁴ Art. 21 LP.

²⁷⁵ Art. 20a, al. 3 LP.

²⁷⁶ ATF 129 III 100, disponible par extraits des considérants en français sur www.bger.ch.

²⁷⁷ ATF 112 V 74, disponible en allemand sur www.bger.ch.

²⁷⁸ Art. 22, al. 1 LP.

²⁷⁹ ATF 96 III 33, disponible en français sur www.bger.ch.

²⁸⁰ ATF 118 III 4, disponible par extraits des considérants en français sur www.bger.ch.

²⁸¹ ATF 135 III 46

²⁸² S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 20.

²⁸³ Art. 15, al. 1 LP. Depuis le 1^{er} janvier 2007, c'est le Conseil fédéral et non plus le Tribunal fédéral qui exerce la haute surveillance des offices.

moins l'autorité supérieure de surveillance judiciaire » et que la nullité d'une décision « devrait pouvoir être constatée en tout temps ».

116. Lorsqu'un office des faillites prend des décisions qui sont « *contraires à des dispositions édictées dans l'intérêt public ou dans l'intérêt de personnes qui ne sont pas parties à la procédure* »²⁸⁴, celle-ci sont nulles de plein droit.

Ainsi, la jurisprudence a considéré comme nulle de plein droit le fait qu'un office des poursuites, incompétent territorialement, introduise la commination de faillite. Dans ce cas, l'ensemble de la procédure de faillite de l'Office incompétent est nul²⁸⁵.

Sous-section 2 – L'autorité de surveillance fédérale

117. Depuis le 1^{er} janvier 2007, le Conseil fédéral (*Bundesrat, Consiglio federale*), au détriment du Tribunal fédéral, est compétent pour exercer la haute surveillance de l'application de la LP²⁸⁶. Le Conseil fédéral est l'organe exécutif de la Confédération. Le Conseil fédéral a délégué sa mission ainsi que ses pouvoirs de surveillance à l'Office fédéral de la justice²⁸⁷. Le Tribunal fédéral reste compétent pour connaître, en dernière instance, des recours contre les décisions des autorités de surveillance cantonales²⁸⁸.

118. La haute surveillance consiste à :

- édicter des instructions, des directives et des recommandations à l'intention des autorités cantonales de surveillance, des offices et des administrations privées, afin de pourvoir à l'application correcte et uniforme de la LP²⁸⁹ ;

²⁸⁴ Art. 22, al. 1 LP.

²⁸⁵ ATF 96 III 33

²⁸⁶ Art. 15, al. 1 LP.

²⁸⁷ Art. 1 de l'Ordonnance relative à la haute surveillance en matière de poursuite et de faillite (OHS-LP), 22 novembre 2006, RO **2006** 5327.

²⁸⁸ Art. 19 LP et art. 74, al. 2, c LTF.

²⁸⁹ Art. 1, a OHS-LP.

- élaborer les modèles des formulaires utilisés lors de la procédure de faillite²⁹⁰ ;
- l'inspection des autorités de surveillance cantonales, des offices et des administrations privées²⁹¹ ;
- exiger des rapports quant aux inspections effectuées auprès des offices, aux activités des autorités de surveillance cantonales, aux sanctions disciplinaires prononcées, aux directives données aux offices par les autorités de surveillance cantonales, aux difficultés rencontrées dans l'application de la loi le cas échéant²⁹².

²⁹⁰ Art. 1, b OHS-LP.

²⁹¹ Art. 1, c OHS-LP.

²⁹² Art. 2 OHS-LP.

Section 3. Le tribunal

119. Le juge possède un statut particulier au sein de la procédure de faillite en Suisse. En effet, le juge est un organe de la poursuite. Il doit appliquer la LP. Par conséquent, il ne rend pas de jugements mais des décisions du droit de l'exécution forcée²⁹³.

120. Les droits cantonaux fixent les tribunaux compétents en matière d'exécution forcée selon leur droit propre. Ainsi, en ce qui concerne les cantons romands, les juges compétents sont : le président du tribunal à Berne²⁹⁴, le président du tribunal d'arrondissement à Fribourg²⁹⁵, le juge de paix (pour les prétentions inférieures à 5000 CHF)²⁹⁶ et le juge de district (pour les prétentions supérieures à 5000 CHF)²⁹⁷ au Tessin, le président du tribunal d'arrondissement dans le canton de Vaud²⁹⁸, le tribunal civil à Neuchâtel²⁹⁹, le juge civil du tribunal de première instance dans le Jura³⁰⁰, le tribunal de première instance à Genève³⁰¹, le juge de district en Valais³⁰².

§1. Les décisions d'exécution forcée

121. En raison de l'importance matérielle du droit de la faillite, certaines prérogatives sont confiées au pouvoir judiciaire et non à l'Office des faillites.³⁰³ Dans ce cadre, la loi confie au tribunal les prérogatives suivantes :

²⁹³ W. A. STOFFEL, *op. cit.*, p. 57.

²⁹⁴ Art. 12 LiLP-BE.

²⁹⁵ Art. 14, al. 1 LALP-FR.

²⁹⁶ Art. 31, c LOJ/TI.

²⁹⁷ Art. 37, al. 1 LOJ/TI.

²⁹⁸ Art. 42c, al. 1, 3° LVLP-VD.

²⁹⁹ Art. 9, al. 1 LiLP-NE.

³⁰⁰ Art. 28 LiLP-JU.

³⁰¹ Art. 86, al. 3, a LOJ-GE.

³⁰² Art. 30, al. 1 a LALP-VS.

³⁰³ *Ibidem*, p. 57.

- il prononce la faillite en continuation normale de la faillite³⁰⁴ ou sur demande du créancier en cas d'urgence (c'est-à-dire sans poursuite préalable)³⁰⁵, en cas de surendettement³⁰⁶, lorsqu'une succession est insolvable ou répudiée³⁰⁷;
- le tribunal est compétent pour prononcer la révocation de la faillite dans les cas par l'article 195, al. 1 LP ;
- un créancier peut demander au juge de dresser un inventaire des biens du débiteur³⁰⁸ ;
- dans le cas d'une succession répudiée liquidée par voie de faillite mais néanmoins acceptée par un ayant droit avant la clôture, le tribunal est compétent pour arrêter la liquidation³⁰⁹
- le tribunal est compétent pour ordonner un séquestre³¹⁰.

§2. Une décision d'exécution en particulier : le jugement de faillite

122. Le prononcé de la faillite émane toujours du juge³¹¹. Cependant, celui-ci ne possède pas de pouvoir d'appréciation. En effet, l'office des poursuites a déjà établi la commination de faillite (voy. *infra*, n°210).

123. Bien qu'il s'agisse d'un jugement, le jugement de faillite (*das Konkurserkennntnis, la dichiarazione del fallimento*) est une déclaration/décision d'exécution forcée et non un jugement au fond sur une contestation de droit civil. Dans ce cadre, une procédure contradictoire n'est pas requise³¹².

³⁰⁴ Art. 171 LP.

³⁰⁵ Art. 190, al. 1 LP.

³⁰⁶ Art. 192 LP.

³⁰⁷ Art. 193, al. 2 LP.

³⁰⁸ Art. 162 LP.

³⁰⁹ Art. 196 LP.

³¹⁰ Art. 272 LP.

³¹¹ Art. 166, al. 1 et art. 171 LP.

³¹² P. MONTAVON, *op. cit.*, p. 70.

Par conséquent, le juge ne doit procéder qu'à la vérification de la réunion des conditions formelles de la faillite³¹³ à la date du jugement³¹⁴ : la réquisition de faillite (*das Konkursbegehren, la domanda di fallimento*) comprend un commandement de payer passé en force et un acte de commination de faillite régulièrement notifié³¹⁵, le délai d'atermoiement de vingt jours est écoulé³¹⁶, la compétence territoriale du juge est respectée³¹⁷, le poursuivi est bien inscrit au registre du commerce³¹⁸. Ces conditions doivent être vérifiées d'office par le juge saisi par la réquisition de faillite, même si le débiteur est absent lors de l'audience³¹⁹. Si le juge est saisi par plusieurs requêtes de faillite, il doit vérifier les conditions de chacune d'entre elles mais ne prononcera la faillite qu'une seule fois³²⁰.

124. Le juge saisi par la réquisition de faillite peut, sur requête du créancier, ordonner que des mesures conservatoires soient prises dans l'intérêt des créanciers³²¹.

125. L'article 174, al. 1 LP prévoit que « *la décision du juge de la faillite peut, dans les dix jours, faire l'objet d'un recours au sens du CPC [Code de Procédure Civile]. Les parties peuvent faire valoir des faits nouveaux lorsque ceux-ci se sont produits avant le jugement de première instance* ». Le recours doit être organisé par les différents droits cantonaux qui doit, par ailleurs, respecter le délai de dix jours fixé par la LP. Ainsi, le droit vaudois prévoit que le jugement déclaratif doit être prononcé par le président du Tribunal d'arrondissement (arrondissement de Lausanne, de La Côte, du Nord Vaudois, ou de l'Est-vaudois)³²². Le recours³²³ (voie de remise en cause extraordinaire prévue lorsqu'un appel, c'est-à-dire la voie de recours ordinaire, ne peut être introduit³²⁴) doit être introduit devant la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal³²⁵.

³¹³ W. A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 293.

³¹⁴ TF, arrêt 5A_442/2015

³¹⁵ Art. 166, al. 1 LP.

³¹⁶ Art. 160, al. 1 LP.

³¹⁷ Art. 46 LP.

³¹⁸ Art. 39 et suivants LP.

³¹⁹ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 294.

³²⁰ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 344.

³²¹ Art. 170 LP.

³²² Art. 42c, al. 1, ch. 3 LVLP-VD.

³²³ Art. 319 à 327a CPC.

³²⁴ JEANDIN N., PEYROT A., *Précis de procédure civile*, Genève – Zürich – Bâle, Schultess, 2015, p. 304.

³²⁵ Art. 75 LOJV.

Chapitre 3. Conclusion intermédiaire : analyse comparative

Section 1. Le curateur et l'office

126. Le curateur est titulaire d'une profession libérale (avocat) et doit présenter des compétences en matière de liquidation. Afin de devenir curateur, l'aspirant curateur doit demander son inscription sur la liste auprès du tribunal de l'entreprise. Il existe plusieurs curateurs par ressort. Le tribunal peut refuser l'inscription sur la liste ou omettre un curateur. A l'inverse, le droit suisse institue – comme organe principal de la faillite « par défaut » - l'office des faillites composé du préposé et de fonctionnaires. Chaque office est compétent par arrondissement de faillite. L'organisation des offices est fixée par les droits cantonaux.

127. La rémunération du curateur est fixée en fonction d'un pourcentage appliqué à l'actif de la faillite pour laquelle il a été nommé. Les frais du curateur sont compris au sein des honoraires de manière forfaitaire. Une indemnité minimale est attribuée au curateur en cas d'inexistence/d'insuffisance d'actif au sein de la faillite. En Suisse, la rémunération du préposé est fixée par les droits cantonaux. En effet, s'agissant de fonctionnaires, les préposés sont soumis aux échelles de salaires des collaborateurs cantonaux. Par ailleurs, l'office est chargé de la perception pour l'Etat des divers émoluments prévus par le droit fédéral en matière de faillite.

128. Le curateur et l'office sont soumis à des obligations plus ou moins similaires (neutralité, conflits d'intérêts, tenue de certains documents, etc.). En effet, tout les deux ne sont ni des représentants des créanciers ni des représentants du failli. Ils doivent concilier des intérêts opposés. On peut tout de même noter une différence notable. Le curateur qui fait face à un conflit d'intérêts, doit déclarer le conflit au tribunal afin que celui-ci nomme un curateur *ad hoc*. Les membres de l'office, quant à eux, doivent se récuser d'office en cas de conflits

d'intérêts. Pour le préposé, son substitut prendra sa place durant la procédure de faillite litigieuse.

Cependant, l'office – à la différence du curateur – doit tenir des relevés statistiques concernant les faillites qu'il a traitées. Ces relevés doivent être transmis à l'autorité de surveillance. Cette dernière doit aussi effectuer divers relevés statistiques. Ceux-ci sont finalement transmis à l'autorité « suprême » de surveillance : le Conseil fédéral.

Par ailleurs, le droit belge prévoit la possibilité de nommer un curateur *ad hoc* en cas de conflits d'intérêts, lorsque les créanciers estiment qu'une réalisation telle qu'envisagée par le curateur pourrait porter atteintes à leurs intérêts, ou dans le cas d'apparition d'actifs après la clôture. Le préposé dispose, quant à lui, d'un suppléant apte à le remplacer en cas de conflits d'intérêts. Par ailleurs, l'office reste compétent en cas d'apparition d'actif après la clôture de faillite.

129. Ainsi, le curateur et l'office ont la même mission – à savoir administrer et liquider la faillite –, ils se distinguent par les choix politiques qui les ont institués. Le droit belge a choisi des titulaires de profession libérale afin d'exercer cette mission. Par conséquent, il s'agit d'un organe privé qui gère la masse failli. Le droit suisse a choisi de confier ce rôle aux bons soins de l'Etat sauf en cas de choix par les créanciers de confier la procédure à une administration privée.

Section 2. Le contrôle judiciaire

130. Le contrôle judiciaire exercé sur le principal protagoniste de la faillite diffère entre les deux ordres juridiques.

En effet, le tribunal « détache » un de ses membres – le juge-commissaire – afin de surveiller le curateur et, le cas échéant, de donner ou non les diverses autorisations requises par la loi. Le juge-commissaire a donc un rôle proactif et effectuer, dans certains cas, un contrôle *a priori* (en

complément du contrôle *a posteriori* effectué par le tribunal). *A contrario*, le droit suisse n'institue pas un mécanisme de surveillance *a priori*. Le législateur suisse a prévu un mécanisme de plainte contre les décisions de l'office auprès de l'autorité de surveillance en cas de violation de la loi, de décisions inopportune, d'absence de décision ou de décision tardive.

L'autorité de surveillance peut annuler la décision litigieuse et – le cas échéant – prendre une nouvelle décision en lieu et place de l'autorité de surveillance. Par ailleurs, l'autorité de surveillance peut constater d'office les décisions nulles de plein droit.

Titre II. Le curateur et l'Office des faillites dans l'administration de la faillite

Chapitre 1. Droit belge

131. La procédure de faillite s'ouvre par le jugement déclaratif de faillite. Le jugement est publié au *Moniteur belge*³²⁶. Le/les curateur(s) doivent accepter leur mission et effectuer certaines formalités préliminaires.

Section 1. Les premières décisions

§1. L'entrée en fonction du curateur

132. Le jugement déclaratif désigne le/les curateurs ayant pour mission l'administration de la faillite³²⁷. Le curateur doit accepter sa mission³²⁸ via REGSOL³²⁹. Le curateur entre en fonction dès ce moment.

§2. La descente de faillite

133. L'article XX.133 du Code de droit économique dispose :

« Le juge-commissaire décide, en concertation avec les curateurs, s'il y a lieu de faire une descente sur les lieux, le cas échéant en présence du greffier.

³²⁶ Art. XX.107 CDE.

³²⁷ Art. XX.104, al. 1 CDE.

³²⁸ Art. XX.126, §2 CDE et art. XX.132, al. 1 CDE.

³²⁹ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 836.

Il en avertira au préalable l'Ordre ou l'institut si la descente doit s'effectuer auprès du titulaire d'une profession libérale.

Les articles 1010, alinéa 1^{er}, 1011, 1013 et 1015, première phrase, du Code judiciaire sont d'application pour la descente sur les lieux ».

134. La descente sur les lieux consiste en un déplacement physique du curateur au domicile/siège social, au siège d'exploitation ou encore dans n'importe quel endroit où se trouve des biens du failli.

Si le curateur trouve les locaux abandonnés ou que le failli ou un tiers lui refusent l'accès, il pourra se faire assister par les forces de l'ordre. Depuis la réforme du 11 août 2017, le curateur ne peut requérir l'apposition de scellés³³⁰.

135. Lors de la descente de faillite, le curateur informe le failli du contenu du jugement déclaratif, de ses devoirs et de ses droits. Par ailleurs, cette première rencontre avec le failli permet au curateur de connaître les raisons de la faillite, les actifs potentiels, l'existence ou non d'employés/ouvriers, l'existence de litiges, les contrats en cours, l'identité du comptable, du secrétariat social, des différents organismes travaillant avec le failli, du régime matrimonial ou de l'existence d'une déclaration de cohabitation légale du failli personne physique et du statut de la résidence principale, des statuts et des procès-verbaux du conseil d'administration et de l'assemblée générale de la personne morale. Tous ces éléments permettent au curateur de prendre les décisions urgentes quant à l'administration de la faillite³³¹. La comptabilité peut être remise lors de la descente de faillite si le curateur le requiert à ce moment-là. Il peut la réclamer à tout moment³³².

³³⁰ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 840.

³³¹ *Ibidem*, p. 839.

³³² Art. XX.138, al. 2 CDE.

A la fin de la descente de faillite, le curateur dresse un procès-verbal de descente de faillite qui doit être signé par le failli et le curateur. Ledit procès-verbal est déposé par les soins du curateur dans REGSOL³³³.

§3. L'inventaire

136. Le curateur doit effectuer un inventaire, sous la surveillance du juge-commissaire et en présence du failli, des biens de ce dernier³³⁴. S'il n'y a aucun actif dans le patrimoine du failli, le curateur dresse un procès-verbal de carence à la place de l'inventaire.

137. L'inventaire doit répertorier l'ensemble des biens du failli. Ainsi, le curateur doit faire mention des biens corporels ou incorporels présents en Belgique et à l'étranger le cas échéant. Le curateur doit aussi mentionner les biens insaisissables en vertu de l'article XX.110, §3 CDE³³⁵, des biens entrant dans le patrimoine du failli postérieurement au jugement déclaratif de faillite³³⁶. Le failli assiste le curateur durant l'établissement de l'inventaire.

138. Afin de constituer l'inventaire, le curateur va s'appuyer sur les documents comptables ainsi que sur les éléments relevés lors de la descente de faillite. Par ailleurs, la loi permet au curateur de se faire aider par des tiers spécialisés (« les inventoristes³³⁷ ») « *pour l'estimation des objets, pour la conservation des actifs et pour leur réalisation* »³³⁸. Le choix du tiers est libre pour le curateur. Cependant, cette assistance ne constitue en aucun cas d'« *une délégation ou une scission de la mission du curateur* »³³⁹. Il ne s'agit que d'une assistance afin d'effectuer un inventaire de qualité grâce à l'expérience en la matière du tiers. Le juge-commissaire doit donner son autorisation au curateur en ce qui concerne l'assistance d'un tiers.

³³³ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 840.

³³⁴ Art. XX.134 CDE.

³³⁵ Art. XX.134, al. 2 CDE.

³³⁶ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 841..

³³⁷ Terme utilisé par R. AYDOGDU lors de son cours *Restructuration et réorganisation d'entreprise* à l'Université de Liège.

³³⁸ Art. XX.134 CDE.

³³⁹ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 843.

139. L'article XX.138 du Code de droit économique dispose qu'une fois « *l'inventaire terminé, les marchandises, l'argent, les papiers, les titres actifs, les meubles et effets du débiteur, sont remis aux curateurs qui, au pied dudit inventaire, déclarent s'en charger* ». Il ne s'agit pas d'une remise matérielle desdits biens. Le curateur en devient dépositaire et en assume la responsabilité³⁴⁰.

§4. Le sort des travailleurs

140. Le curateur doit porter une attention particulière au sort des travailleurs de l'entreprise faillie. Ainsi, l'article XX.132, al. 3 CDE dispose que « *les curateurs collaborent activement et prioritairement à la détermination du montant des créances déclarées par les travailleurs de l'entreprise* ». De même, le curateur doit aussi veiller au reclassement des travailleurs plus âgés³⁴¹.

141. Le curateur devra consulter l'aveu de faillite – si la faillite a été déclaré à la suite d'un aveu de faillite – pour connaître le sort des travailleurs. Par ailleurs, si le failli ne collabore pas à l'établissement du sort des travailleurs ou que ses documents sont totalement désorganisés, le curateur doit interroger l'O.N.S.S.. Ce dernier lui transmet la liste des travailleurs employé par l'entreprise en faillite au cours des 18 derniers mois³⁴². Le secrétariat social doit aussi assister gratuitement le curateur³⁴³.

Ainsi, le curateur est en mesure de compléter les documents sociaux nécessaires aux travailleurs (C.4, C.3.2, attestations...). Les syndicats collaborent avec le curateur afin d'établir les créances déclarées des travailleurs. Le curateur doit informer les travailleurs de leurs droits. Il doit aussi

³⁴⁰ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 843.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 846.

³⁴² *Ibidem*, p. 845.

³⁴³ Art. XX.103, al 3, *in fine* CDE.

solliciter l'intervention du Fonds de fermeture des entreprises (F.F.E.) afin d'indemniser les travailleurs.

142. Le curateur doit décider s'il maintient les contrats des travailleurs ou s'il y met fin. Dans ce cadre, l'article XX.139, §2 permet au curateur de n'être pas tenu d'accomplir les « *formalités et procédures particulières applicables à la réalisation de ces contrats* ».

Section 2. La procédure de clôture immédiate

143. L'article XX.135 du Code de droit économique dispose :

« §1^{er}. S'il apparaît que l'actif ne suffit pas pour couvrir les frais présumés, d'administration et de liquidation de la faillite, le tribunal, sur requête des curateurs ou même d'office après avoir entendu les curateurs, peut prononcer la clôture de la faillite. Le failli est convoqué par pli judiciaire contenant le texte du présent article.

Le requête peut être déposée à tout moment dans le registre [à savoir REGSOL] après l'ouverture de la faillite, même si l'inventaire n'a pas encore été rédigé.

§2. La décision de clôture des opérations de la faillite dissout la personne morale et emporte clôture immédiate de sa liquidation lorsqu'il est reconnu que l'actif ne suffit pas pour couvrir les frais présumés d'administration et de liquidation de la faillite.

§3. La clôture de la faillite pour insuffisance d'actif ne peut être prononcée que lorsqu'il est reconnu que les curateurs ont fait ce qui était en leur pouvoir pour remettre aux travailleurs les documents sociaux prévus par la loi.

§4. La clôture met fin au mandat des curateurs.

La décision est publiée par extrait, par les soins du curateur, au Moniteur belge. Cet extrait contient les nom, prénom, adresse électronique et adresse des personnes considérées comme liquidateurs.

L'article 185 du Code des sociétés [art. 2 :79 CSA] est applicable.

§5. *Le jugement ordonne, s'il échet, la reddition des comptes par les curateurs. Le tribunal de l'insolvabilité connaît des litiges y relatifs.*

§6. *Le Roi peut déterminer la procédure de consignation des actifs qui apparaîtraient ultérieurement et le sort de ces actifs en cas d'apparition de nouveaux passifs ».*

144. Ainsi, la loi prévoit une procédure de clôture sommaire si l'actif de la faillite ne suffit pas à couvrir les frais d'administration et de liquidation. La procédure prend fin. Cependant, le jugement ordonnant la clôture est suspendu durant un mois après la publication du jugement par le curateur³⁴⁴. Ce mode de clôture est souvent utilisé dans la pratique. En effet, un grand nombre de faillites présentent un faible montant d'actif, voire aucun³⁴⁵.

Les frais d'administration et de liquidation sont ceux consentis à la sauvegarde des intérêts des travailleurs de l'entreprise, à l'administration de la faillite, et aux honoraires du curateur. L'insuffisance d'actif implique qu'aucune « *distribution de dividendes en faveur de quelque créancier que ce soit* » ne soit possible³⁴⁶.

145. La procédure de clôture immédiate démarre à l'initiative du curateur (sur requête) par le tribunal (« *d'office* »). La requête du curateur doit être déposée dans REGSOL. Celle-ci peut être déposée à tout moment. Cependant, si la requête est déposée dans l'année de l'ouverture de la faillite, le curateur devra joindre un rapport à ladite requête³⁴⁷.

146. Le paragraphe 3 de l'article XX.135 CDE prévoit que la procédure de clôture immédiate n'est possible que si le curateur « *a fait tout ce qui était en [son] pouvoir pour remettre aux travailleurs les documents sociaux prévus par la loi* »³⁴⁸. Il s'agit d'une obligation de moyen³⁴⁹.

³⁴⁴ Art. XX.136 CDE.

³⁴⁵ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 854.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 855.

³⁴⁷ Art. XX.128, § 1er, al. 2 CDE.

³⁴⁸ C'est-à-dire les obligations prévues aux articles XX.132, al. 3 ; XX.139, § 2 ; et XX.183 du Code de droit économique.

³⁴⁹ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 858.

Section 3. L'administration de la faillite

Sous-section 1. Les premières décisions d'administration à proprement parler

§1. La poursuite des contrats en cours

147. Lors de leur entrée en fonction, le curateur doit décider s'il poursuit ou non les contrats conclu par le failli antérieurement à la déclaration de faillite³⁵⁰. Il agit en opportunité. Ainsi, certains contrats seront maintenus afin de poursuivre l'activité ou pour liquider au mieux les actifs (contrats d'électricité, bail, assurance)³⁵¹. Cependant, le choix du curateur doit être profitable à la masse (par exemple en permettant une liquidation optimale). En effet, les dettes nées de la poursuite des contrats constitueront des dettes de la masse. Ainsi, un choix erroné (c'est-à-dire non profitable à la masse) peut engager la responsabilité civile du curateur.

Le choix du curateur de poursuivre ou non les contrats en cours doit être exprès ou tacite³⁵².

§2. La poursuite d'activité(s)

148. La loi permet au curateur ou à tout intéressé de demander au tribunal de poursuivre les activités du failli³⁵³. Cette poursuite d'activité peut être effectué par le curateur lui-même ou par le failli sous la surveillance du curateur. La poursuite d'activité peut aussi être décidé immédiatement après le jugement de faillite³⁵⁴ afin de maintenir l'existence d'un fonds de

³⁵⁰ XX.139, §1er, al. 1 CDE.

³⁵¹ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 869.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ Art. XX.140 CDE.

³⁵⁴ Art. XX.140, al. 2 CDE.

commerce par exemple³⁵⁵. En effet, une poursuite d'activité peut permettre – même si l'entreprise est en faillite – de maintenir une activité dans une optique de continuité. Elle permet donc de sauver, le cas échéant, des emplois. Par ailleurs, une poursuite d'activité peut aussi permettre une meilleure valorisation des actifs.

149. Le curateur va s'entretenir avec le failli afin de déterminer si une poursuite des activités est opportune. En effet, le failli connaît le marché dans lequel son entreprise évolue et sera le mieux placé pour déterminer cela. Le curateur doit veiller à s'entretenir avec les créanciers. En effet, la poursuite d'activité n'est permise que « *si l'intérêt des créanciers le permet* ». Ainsi, une poursuite d'activité par le curateur qui porterait atteinte à la masse pourrait entraîner la responsabilité civile du curateur.

§3. Vente des actifs périssables et assimilés

150. Le juge-commissaire peut autoriser le curateur à vendre immédiatement les « *actifs sujets à déperissement prochain, à dépréciation imminente, ou si le coût de la conservation des biens est trop élevé compte tenu des actifs de la faillite* »³⁵⁶.

Cette possibilité offerte se permet au regard de la mission du curateur de protéger les intérêts de la masse. En effet, la vente de tels actifs permet de liquider rapidement des actifs qui auraient perdu de la valeur s'il avait fallu attendre la liquidation de la faillite.

Les biens concernés peuvent être des biens meubles ou immeubles. Le curateur dispose d'une liberté totale concernant le mode choisi pour vendre de tels actifs : vente de gré à gré, vente publique, liquidation totale, vente en lots ou en détail³⁵⁷.

³⁵⁵ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 882.

³⁵⁶ Art. XX.142 CDE.

³⁵⁷ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 876.

Sous-section 2. Les actes conservatoires posés par le curateur

160. Le curateur doit préserver les droits du failli et protéger les droits acquis par des tiers sur la masse faillie (« double qualité du curateur », voy. *supra*, n°23 et suivants.).

Par conséquent, le curateur doit accomplir différent acte ou prendre différentes mesures afin de satisfaire à ces obligations de protections.

§1. Hypothèque sur les immeubles du failli

161. L'article XX.150, al. 2 du Code de droit économique dispose que le curateur doit « *prendre inscription des hypothèques sur les immeubles du failli dont ils connaissent l'existence* ». L'alinéa 3 précise que « *les inscriptions en question sont prises au nom de la masse par les curateurs, qui joignent à leur bordereau une copie du jugement de faillite constatant leur nomination* ».

Cette hypothèque prise au nom de la masse par le curateur est similaire aux hypothèques accordées par la loi aux créanciers publics (Fisc, O.N.S.S.)³⁵⁸.

§2. Les actions en justice

162. Les actions en justice ne peuvent, à partir du jugement déclaratif de faillite, être introduite que par le curateur³⁵⁹. De même, l'ensemble des actions en justice contre le failli sont dirigées contre le curateur.

³⁵⁸ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 882.

³⁵⁹ Art. XX.118, al. 1 CDE.

163. Le curateur décide souverainement de l'introduction d'actions judiciaires (par exemple : recouvrement de créances, actions en responsabilités, saisies conservatoires/exécutoires). Cependant, le curateur est responsable personnellement d'une action judiciaire préjudiciable à la masse (par exemple, une action téméraire et vexatoire)³⁶⁰.

Sous-section 3. L'établissement du passif

164. L'établissement du passif est un moment crucial dans la procédure de faillite. En effet, c'est à ce moment que le curateur peut déterminer l'ampleur des dettes du failli et la nature du passif (créanciers privilégiés et créanciers chirographaires)³⁶¹. Le passif sera constitué des créances déclarées des créanciers.

165. Les créanciers sont informés de la faillite du débiteur par la publication du jugement déclaratif au *Moniteur belge*³⁶². Par ailleurs, ils sont aussi informés de la faillite par l'inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises³⁶³, par l'avis déposé dans REGSOL³⁶⁴, et le cas échéant par une circulaire envoyée par le curateur aux créanciers connus par lui lors de l'inventaire³⁶⁵ ou, le cas échéant, après consultation du dossier de la chambre des entreprises en difficultés³⁶⁶.

L'information donnée aux créanciers permet à ces derniers d'effectuer leur déclaration de créance.

³⁶⁰ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 884.

³⁶¹ *Ibidem*, p. 906.

³⁶² Art. XX.107 CDE.

³⁶³ Art. III.18, §1er CDE.

³⁶⁴ Art. XX.131, §1er CDE.

³⁶⁵ Art. XX.155, §1er, al. 2 CDE.

³⁶⁶ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 904.

§1 La déclaration de créance

166. La déclaration de créance – si elle est acceptée par le curateur – permet au créancier de participer à la répartition de l’actif par le curateur à la suite de la liquidation de la faillite³⁶⁷.

167. Le tribunal ordonne, dans son jugement, aux créanciers d’effectuer leur déclaration de créances sur REGSOL dans un délai qui ne peut excéder 30 jours à compter du jugement déclaratif. Par ailleurs, le jugement fixe aussi la date du premier procès-verbal de vérification des créances³⁶⁸.

168. Le créancier doit mentionner son « *identité, son numéro d’entreprise, et, le cas échéant, sa profession et son domicile ou s’il s’agit d’une personne morale, son numéro d’entreprise, sa dénomination sociale et son siège social ; Le montant et le causes de sa créance, les privilèges, hypothèques ou sûretés réelles mobilières qui y sont affectées et le titre d’où elle résulte* ». ³⁶⁹
Par ailleurs, le créancier doit joindre à sa déclaration les preuves sur lesquelles repose sa créance³⁷⁰.

Une fois déposé dans le Registre de l’insolvabilité, le créanciers ne peut plus modifier sa prétention sauf en introduisant une déclaration de créance complémentaire³⁷¹.

³⁶⁷ Art. XX.155, §1er, al. 1 CDE.

³⁶⁸ Art. XX.104 CDE.

³⁶⁹ Art. XX.156, al. 1 CDE.

³⁷⁰ Art. XX.155, §1er, al. 1 CDE.

³⁷¹ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 907.

§2. La vérification des créances

A. Notion

169. L'article XX.158, al. 1 du Code de droit économique dispose que « *la vérification des créances est opérée par le curateur en présence du failli ou celui-ci dûment appelé. Les titres des créances sont approchés des livres et des écritures du failli* ».

170. La vérification des créances consiste en l'analyse de chaque créance produite par les créanciers lors de la déclaration de créances³⁷². Le curateur a trois possibilités face à une créance produite : il peut l'admettre, la réserver ou la contester/rejeter³⁷³. Une créance admise est « *celle que le curateur accepte dans toutes ses mentions* » (montant, sûreté/privilège)³⁷⁴. Une créance réservée est une créance dont le curateur estime qu'elle est incomplète ou que ce dernier doit encore la vérifier. Une créance contestée est celle dont le curateur estime qu'elle est infondée, que le montant n'est pas correct, dont la garantie est inexacte. La créance rejetée est celle déclarée hors délai, dont le créancier a abandonné la prétention, n'a pas joint les justificatifs requis³⁷⁵ ou n'a pas respecté les mentions obligatoires de l'article XX.156, al. 1 du Code de droit économique³⁷⁶.

171. Le juge-commissaire peut prendre part à la vérification de créance s'il le souhaite³⁷⁷. Cependant, cela reste très exceptionnel³⁷⁸.

³⁷² I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 914.

³⁷³ Art. XX.161, al. 3 CDE.

³⁷⁴ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 914

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ Art. XX.156, al. 2 CDE.

³⁷⁷ Art. XX.159 CDE.

³⁷⁸ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 915.

B. Les procès-verbaux de vérification des créances

172. Lorsque le curateur a effectué la vérification des créances, il dresse le premier procès-verbal de vérification des créances.

L'article XX.160 du Code de droit économique prévoit que les curateurs doivent établir des procès-verbaux de vérification des créances. Ceux-ci doivent être déposés dans REGSOL par les curateurs. La date du premier procès-verbal de vérification des créances est fixée par le tribunal dans son jugement déclaratif de faillite³⁷⁹. Par ailleurs, l'alinéa 2 de l'article XX.160 prévoit la tenue de procès-verbaux de vérification complémentaires « *après respectivement six [2^{ème} procès-verbal de vérification] et douze mois après [troisième procès-verbal de vérification] la date du jugement déclaratif de faillite* ». Les procès-verbaux de vérification complémentaire « *reprennent le premier procès-verbal de vérification, [les curateurs] vérifient les créances réservées ainsi que les créances qui ont été déposées depuis lors. Ceci vaut même si aucun changement n'a eu lieu par rapport au précédent procès-verbal de vérification* »³⁸⁰. Ils ont pour but d'établir la consistance du passif et de réduire le nombre de créances réservées devant être tranchées par le tribunal³⁸¹.

En effet, les contestations de créances qui restent réservées au troisième procès-verbal de vérification peuvent être soumises au tribunal³⁸². Dans ce cas, le curateur soumet une demande au juge-commissaire qui fixera la date et l'heure auxquelles le tribunal traitera la contestation. Les curateurs convoquent, via REGSOL ou par lettre recommandée, les créanciers concernés. La convocation est un acte de procédure judiciaire et entraîne la saisine du tribunal³⁸³.

³⁷⁹ Art. XX.104, al. 3 CDE.

³⁸⁰ Art. XX.160, al. 2 CDE.

³⁸¹ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 916.

³⁸² Art. XX.161, al. 3 CDE.

³⁸³ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 923.

C. Le tableau

173. L'article XX.164 dispose :

« §1^{er}. Le curateur tient pour chaque faillite un tableau contenant, pour chaque créance déclarée, les énonciations suivantes :

1° le numéro d'ordre ;

2° l'identité, la profession, le numéro d'entreprise, le cas échéant et le domicile, ou, s'il s'agit d'une personne morale, l'activité principale, l'identité, le numéro d'entreprise et le siège social du créancier qui a déposé sa créance et ses titres ; s'il s'agit d'une entreprise visé é l'article I.1, alinéa 1^{er}, 1°, c), la dénomination sous laquelle l'activité est exercée, le cas échéant le numéro d'entrepris, le siège de l'activité et les données d'identification du fondé de pouvoir, le cas échéant ;

3° le montant de la créance déclarée ;

4° les privilèges, hypothèques et sûretés réelles mobilières auxquels le créancier prétend ;

5° l'admission ou la contestation ;

6° le numéro de rôle de la contestation ;

7° le sommaire et la date de la décision relative à la contestation ;

8° les autres renseignements qu'il peut être utile de porter à la connaissance des intéressés.

§2. Le tableau est déposé dans le dossier de la faillite et mis à jour par le curateur ».

174. D'après I. VEROUGSTRAETE, le tableau ne peut être modifié par le curateur. En effet, selon cet auteur, le tableau est automatiquement généré par le Registre de l'insolvabilité et ne peut être modifié. Par ailleurs, le tableau généré ne contient par les points 6° et 7° de l'article XX.164³⁸⁴.

³⁸⁴ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 927.

Section 4. La liquidation de la faillite

175. Lorsque le curateur a pu établir la consistance de l'actif et du passif, il peut procéder à la réalisation des actifs et liquider la faillite (sauf s'il a opté pour une procédure de clôture immédiate, *voy. supra.* n°143 et suivants).

§1. Généralités

176. La liquidation débute les opérations de liquidation dès le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances (qui doit intervenir au maximum trente jours après le jugement déclaratif de faillite)³⁸⁵. Dans un but de réalisation optimale, le curateur convoque le failli qui transmet ses observations sur le meilleur mode de réalisation³⁸⁶. En effet, le failli est celui qui connaît le mieux « *le marché et l'environnement économique dans lesquels son entreprise a évolué* »³⁸⁷. La rencontre avec le failli à ce propos peut intervenir lors de la descente de faillite³⁸⁸ ou lors de la rencontre ayant lieu durant la vérification de créances³⁸⁹. Si le failli est absent, la poursuite de la liquidation a lieu tout de même³⁹⁰.

§2. La liberté du curateur

A. Le curateur reconstitue l'actif librement

177. Le curateur jouit d'une liberté totale quant aux modalités de réalisation des actifs, des récupérations de créances et des actions judiciaires qu'il souhaite mettre en œuvre. Par ailleurs, les sommes recueillies lors de ces diverses opérations sont déposées – dans le mois de leur

³⁸⁵ Art. XX.166, §1 CDE.

³⁸⁶ Art. XX.166, §1, al. 2 CDE.

³⁸⁷ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1126.

³⁸⁸ Art. XX.133 CDE.

³⁸⁹ Art. XX.158, al. 2 CDE.

³⁹⁰ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1127.

réception - à la Caisse des dépôts et consignations³⁹¹. Cependant, le juge-commissaire a pour mission de surveiller l'ensemble des opérations de liquidation. Celui-ci ne peut imposer son avis au curateur quant à la liquidation. En effet, dans le cas contraire, il engagerait la responsabilité de l'Etat³⁹². Le tribunal n'est, *a fortiori*, pas non plus autorisé à s'immiscer dans la liquidation telle que décidée par le curateur. Le failli et les créanciers ne peuvent pas non plus s'immiscer dans les opérations de liquidation. Cependant, selon I. VEROUGSTRAETE, le curateur interroge les créanciers munis de sûretés ou de privilèges quant au meilleur mode de réalisation concernant les biens constituant l'assiette de leur sûreté³⁹³.

B. Le droit d'opposition

178. Le curateur est libre quant aux modalités de reconstitution de l'actif. Cependant, les créanciers ainsi que le failli dispose d'un droit d'opposition lorsque, selon eux, la réalisation d'un actif par le curateur risque de leur porter préjudice. Par conséquent, ils peuvent demander au président du tribunal la désignation d'un curateur *ad hoc* (voy. *supra*, n°19 et suivants.).

C. L'information des créanciers

179. Les créanciers sont informés des opérations de la faillite via le Registre central de la Solvabilité³⁹⁴. Ils trouveront dans le registre :

- l'inventaire³⁹⁵ ;
- les procès-verbaux de vérification de créances³⁹⁶ ;
- le rapport annuel du curateur ainsi que les annexes le composant qui reprennent les diverses dépenses et recettes ainsi que la répartition³⁹⁷ ;

³⁹¹ Art. XX.144, al. 2 CDE.

³⁹² I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1127.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ Art. XX.18, §1 et XX.131, §2 CDE.

³⁹⁵ Art. XX.134 CDE.

³⁹⁶ Art. XX.161 CDE.

³⁹⁷ Art. XX.128 CDE.

- à la fin de la liquidation, le curateur y déposera les documents portant sur les dernières répartitions et le compte simplifié³⁹⁸.

180. Par ailleurs, lorsque les créanciers représentant plus d'un tiers des créances en font la demande, le juge-commissaire doit convoquer une assemblée des créanciers. Cette assemblée « peut, à la majorité simple, charger le curateur de traiter à forfait de tout ou partie des droits ou actions dont l'exécution n'aurait pas eu lieu, et de les aliéner »³⁹⁹.

§3. Des différentes manières d'effectuer la réalisation de l'actif

181. Le curateur va être chargé de vendre les biens meubles (A) et les immeubles (B). Dans ce cadre, les biens immeubles pourront faire l'objet d'une vente publique (1) ou de gré à gré (2). Par ailleurs, le curateur peut – le cas échéant – procéder à un transfert d'entreprise en activité (C). Il a, par ailleurs, pour mission de récupérer les créances dues au failli (D).

A. La vente des meubles

182. La vente de meubles peut être effectuée soit de gré à gré, soit aux enchères, en bloc ou en détail, au comptant ou à terme⁴⁰⁰.

183. Le curateur peut recourir - avec l'accord du juge-commissaire – à l'aide de tiers afin de vendre les biens meubles⁴⁰¹.

³⁹⁸ Art. XX.168, XX.170 et XX.192 CDE.

³⁹⁹ Art. XX.167 CDE.

⁴⁰⁰ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1143.

⁴⁰¹ Art. XX.134, al. 3 CDE.

184. Par ailleurs, la vente de biens meubles est soumise au régime T.V.A. applicable au failli⁴⁰². Ainsi, le curateur doit déposer une déclaration de T.V.A. qui reprend les ventes et les dépenses liées à l'administration et la liquidation de la faillite⁴⁰³.

185. Le curateur peut vendre les biens munis d'une sûreté ou d'un privilège spécial. Cependant, il lui faudra obtenir l'accord du créancier qui dispose de la garantie⁴⁰⁴.

B. La vente d'immeuble

186. Une vente d'immeuble est ordonnée par le juge-commissaire et exécutée par le curateur. Ce dernier dispose par ailleurs du monopole d'action concernant la vente de biens immobiliers⁴⁰⁵. De plus, c'est le juge-commissaire qui décidera à quel notaire sera confié la vente⁴⁰⁶.

187. Le curateur décide si la vente d'immeuble se fera de gré à gré ou par vente publique et soumettra son choix au juge-commissaire.

1. La vente publique

188. La vente publique s'opère sous la surveillance du juge de paix du canton où se trouve le bien immobilier faisant l'objet de la vente. Les enchères peuvent avoir lieu physiquement ou de manière électronique⁴⁰⁷.

⁴⁰² Art. XX.128, §2 CDE.

⁴⁰³ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1143.

⁴⁰⁴ *Ibidem*.

⁴⁰⁵ Art. XX.193, §1er, al. 1 CDE.

⁴⁰⁶ Art. 1190 C. jud.

⁴⁰⁷ Art. 1193, al. 2 C. jud.

189. Le curateur doit particulièrement veiller à ce que les intérêts de la masse et du failli ne soient pas menacés⁴⁰⁸. Il peut donc retirer l'objet de la vente⁴⁰⁹ ou demander au juge de paix de surseoir à la vente du bien⁴¹⁰.

190. La vente est effectuée par un notaire. L'adjudication a lieu à l'issue d'une seule séance⁴¹¹.

L'ensemble de la procédure ne sera pas analysé ici. En effet, la procédure étant essentiellement dirigée par un notaire, celle-ci dépasse le cadre du présent travail de fin d'étude qui porte essentiellement sur le rôle du curateur au sein de la procédure de faillite belge.

2. La vente de gré à gré

191. Le curateur peut demander l'autorisation de vendre un immeuble de gré à gré au tribunal de l'entreprise⁴¹² qui décide de l'autoriser seulement si l'intérêt de la masse n'est pas mis en péril⁴¹³. La vente n'est possible que si le tribunal de l'entreprise l'autorise. Il s'agit d'une vente qui offre plus de liberté au curateur qui décide s'il y a lieu de recourir à cette procédure de vente. Comme le relève I. VEROUGSTRAETE, elle est particulièrement indiquée en cas de cession d'un fonds de commerce ou d'une branche d'activité⁴¹⁴.

192. Le curateur doit tenir un cahier des charges dans lequel il détermine les conditions/modalités de la vente. Le juge-commissaire préside l'ouverture de la séance d'ouverture des offres. Par ailleurs, un procès-verbal doit être signé par les personnes présentes à ladite séance⁴¹⁵.

⁴⁰⁸ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1134.

⁴⁰⁹ Mons, 25 novembre 2004, J.L.M.B., 2005/20, pp. 879 et suiv., cité par I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1134.

⁴¹⁰ Art. 1192, §2 C. jud.

⁴¹¹ Art. 1193, al. 2 C. jud.

⁴¹² Art. 1193ter C. jud.

⁴¹³ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1139.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 1138.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 1139.

C. Le transfert d'une entreprise en activité

193. Afin de préserver l'emploi, un savoir-faire particulier, ou des actifs incorporels⁴¹⁶, le curateur peut décider d'effectuer un transfert d'entreprise *en going concern*. Un tel transfert ne peut avoir que si les activités de l'entreprise ont été poursuivies par le curateur.

Le curateur est libre de procéder à un tel transfert. Il n'a point besoin de requérir l'autorisation du juge-commissaire ou du tribunal. Cependant, il est libre de requérir une telle autorisation⁴¹⁷.

D. Le recouvrement de créance

194. L'article XX.144, al. 1 du Code de droit économique impose au curateur de rechercher et de recouvrer sur leurs quittances « *toutes les créances ou sommes dues au failli* ». Il doit effectuer le recouvrement des créances lui-même et ne peut déléguer cette tâche à des tiers spécialisé dans ce domaine⁴¹⁸.

Ainsi, les curateurs doivent analyser les créances du failli. Celles-ci lui auront été remises lors de l'inventaires. Le curateur choisira de mettre en demeure les débiteurs ou de tenté une procédure de conciliation. Par ailleurs, le curateur peut décider d'abandonner le recouvrement d'une créance⁴¹⁹. En effet, il doit veiller à ne pas se lancer dans procédures hasardeuses qui entraîneraient des frais inutiles, au risque de voir sa responsabilité engagée.

⁴¹⁶ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1146.

⁴¹⁷ Art. XX.166, §3 CDE.

⁴¹⁸ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1156.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 883.

De plus, le curateur peut décider de prendre des hypothèques sur les biens immeubles des débiteurs du failli⁴²⁰. Cependant, comme le relève I. VEROUGSTRAETE, cette mesure est rarement appliquée par manque d'opportunité⁴²¹.

Par conséquent, le curateur doit mettre en demeure les débiteurs du failli et, le cas échéant, les assigner en justice afin d'obtenir – en cas de condamnation – un jugement lui permettant l'exécution forcée. Une fois obtenu les sommes, le curateur les dépose à la Caisse des dépôts et consignations⁴²².

195. Le curateur est libre d'accorder certains délais de paiement aux débiteurs disposant d'une faible solvabilité⁴²³. Par ailleurs, le curateur peut aussi traiter à forfait. Ainsi, le débiteur se verra accorder une diminution de sa dette. En effet, le fait de traiter à forfait est favorable à la masse puisqu'il permet au curateur d'obtenir une partie d'une créance auprès d'un débiteur jugé peu solvable⁴²⁴ : « *un tien vaut, se dit-on, mieux que deux tu l'auras ; l'un est sûr, l'autre ne l'est pas* »⁴²⁵. L'assemblée des créanciers peut charger le curateur de traiter à forfait des créances non encore recouvrées⁴²⁶.

⁴²⁰ Art. XX.150, al. 3 CDE.

⁴²¹ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 883.

⁴²² Art. XX.144, al. 2 CDE

⁴²³ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1155.

⁴²⁴ *Ibidem*.

⁴²⁵ Jean DE LA FONTAINE, *Le petit poisson et le pêcheur*, Livre V, 3^{ème} fable, 1668.

⁴²⁶ Art. XX.167, al. 5 CDE.

Section 5. La clôture de la faillite

§1. La distribution de l'actif

196. Le principe de distribution de l'actif est posé par l'article XX.192 CDE comme suit : « *le montant de l'actif du failli, déduction faite des frais et dépens de l'administration de la faillite, des secours qui auraient été accordés au failli et à sa famille et des sommes payées aux créanciers privilégiés, est réparti entre tous les créanciers [dont les créances ont été admises], au marc le franc de leurs créances* ».

197. En premier lieu, le curateur doit payer les dettes de masse. Ces paiements doivent intervenir tout au long de la liquidation. Ensuite, le curateur doit établir ses frais et honoraires (et éventuellement les honoraires d'un mandataire de justice si la faillite intervient après une procédure de réorganisation judiciaire - les honoraires du mandataire venant en déduction de ceux du curateur⁴²⁷). Enfin, le curateur transmet le produit de réalisation net (c'est-à-dire sans les frais de la vente) des biens munis d'une sûreté réelle ou d'un privilège spécial au créancier bénéficiaire⁴²⁸. Le curateur distribue ensuite le produit revenant aux créanciers munis d'un privilège sur meubles (cette distribution peut aussi être effectuée de manière anticipative durant la liquidation de la faillite⁴²⁹).

198. Lorsque la distribution des dividendes aux créanciers privilégiés est effectuée, le curateur peut procéder, le cas échéant (c'est-à-dire en cas de reliquat d'actif), à la distribution des dividendes revenant aux créanciers chirographaires et éventuellement au failli⁴³⁰ ou aux actionnaires en cas de société.

⁴²⁷ Art. XX.94 CDE

⁴²⁸ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1168.

⁴²⁹ Art. XX.145 et XX.168 CDE.

⁴³⁰ Art. XX.170, al. 4 CDE.

199. L'ensemble des distributions sont précisées par le curateur dans un compte simplifié (« état de répartition »). Le juge-commissaire doit approuver le compte et convoquer le failli et les créanciers⁴³¹. Les paiements sont effectués à partir du compte du curateur (si le juge-commissaire l'a autorisé) ou à partir de la Caisse des dépôts et consignations⁴³².

200. Si des sommes n'ont pu être versées, l'article XX.145, al. 3 CDE dispose que « *les sommes qui à la clôture de la faillite n'ont pas pu être réparties, sont versées à la Caisse des dépôts et consignations au profit des créanciers concernés* ».

§2. La reddition des comptes et la clôture de la faillite

A. L'assemblée des créanciers

201. L'article XX.170, al. 1 du Code de droit économique prévoit que le juge-commissaire convoque le failli et les créanciers. Le second alinéa prévoit que le compte simplifié et le dossier de la faillite sont joints à la convocation.

202. L'assemblée des créanciers devra vérifier et approuver l'état des comptes tel que prévu par le curateur et approuvé par le juge-commissaire. Elle arrête l'état des comptes⁴³³.

B. La clôture de la faillite à proprement parler

203. L'article XX.171, al. 1 CDE dispose que « *sur rapport du juge-commissaire, le failli dûment appelé par plu judiciaire contenant le texte du présent article, le tribunal ordonne la clôture de la faillite, après avoir tranché le cas échéant les contestations relatives au compte et redresse celui-ci s'il y a lieu* ».

⁴³¹ Art. XX.170, al. 1 CDE.

⁴³² I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1170.

⁴³³ Art. XX.170, al. 3 CDE.

Ainsi, l'état des comptes est ultimement soumis au contrôle du tribunal qui dispose du pouvoir de la modifier. Le tribunal décide par jugement de clôturer la faillite. La clôture met fin à la procédure de faillite. Par ailleurs, si la procédure de faillite concernait une personne morale, la clôture dissout ladite personne morale et « *emporte clôture immédiate de sa liquidation* »⁴³⁴.

204. A la suite du jugement de clôture, le curateur doit transmettre l'état des comptes – éventuellement corrigé « *à l'administration de la T.V.A. et à l'administration centrale de la fiscalité des entreprises et des revenus* »⁴³⁵. Par ailleurs, il joint un relevé des sommes effectivement versées aux créanciers⁴³⁶. Il doit aussi publier le jugement de clôture par extrait au *Moniteur belge*⁴³⁷.

205. Enfin, la clôture de la faillite met fin à la mission du curateur – excepté pour les opérations liées à la clôture et comporte une décharge générale de sa mission⁴³⁸. Cependant, les pouvoirs du curateur continuent à exister afin de corriger les erreurs matérielles (telles qu'une action en répétition de l'indu)⁴³⁹. Le curateur doit conserver les archives concernant les opérations de faillite durant cinq ans⁴⁴⁰.

⁴³⁴ Art. XX.172, al. 1 CDE.

⁴³⁵ Art. XX.171, al. 2 CDE.

⁴³⁶ Art. XX.171, al. 2 CDE.

⁴³⁷ Art. XX.171, al. 3 CDE.

⁴³⁸ Art. XX.171, al. 4 CDE.

⁴³⁹ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 1177.

⁴⁴⁰ Art. XX.138, al. 3 CDE et art. 2276bis C. civ.

Chapitre 2. Droit suisse

Section 1. Généralités

206. La poursuite par voie de faillite (*die Betreibung auf Konkurs, l'esecuzione in via di fallimento*) est définie en Suisse par la phrase mythique de E. BLUMENSTEIN⁴⁴¹ : « *amtliche Durchführung der Vollstreckung sämtlicher im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gegenüber dem Gemeinschuldner vorhandener und nach gesetzlicher Vorschrift angemeldeter Ansprüche in das gesamte realisierbare Vermögen des letzteren* »⁴⁴².

207. Comme nous l'avons exposée dans le premier Titre, l'administration de la faillite en Suisse est de nature étatique : l'Office des faillites est chargé, par le droit fédéral⁴⁴³, de diriger la faillite. Dans certains cas exceptionnels, l'administration de la faillite est confiée à une administration spéciale⁴⁴⁴ (voy. *supra*, n°103).

208. La procédure se déroule d'office, selon les règles prévues par la loi⁴⁴⁵.

209. Afin de mener à l'ouverture de la faillite par le jugement déclarant la faillite, l'Office des poursuites est saisi par un créancier, qui introduit une réquisition de continuer la poursuite (*das Fortsetzungsbegehren, la continuazione dell'esecuzione*)⁴⁴⁶. L'Office des poursuites doit choisir, d'office et sans retard, le mode à appliquer à la procédure : poursuite ordinaire par voie de faillite ou poursuite par voie ordinaire de saisie⁴⁴⁷. En cas de choix erroné, les actes posés

⁴⁴¹ E. BLUMENSTEIN, *Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts*, K.J. WYSS, Berne, 1911, p. 545.

⁴⁴² « mise en œuvre officielle du règlement intégral de toutes les créances contre le débiteur, au moment de l'ouverture de la faillite et enregistrées conformément aux dispositions légales, sur la totalité des actifs réalisables de ce dernier » (traduction libre).

⁴⁴³ Art. 2, al. 2 LP.

⁴⁴⁴ Art. 237, al. 2 LP.

⁴⁴⁵ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 285.

⁴⁴⁶ Art. 88 LP.

⁴⁴⁷ Art. 159 LP.

par l'Office seront nuls. Par ailleurs, le validité du choix doit être examiné d'office, même en dernière instance⁴⁴⁸.

210. En cas de choix par l'Office de la poursuite ordinaire par voie de faillite, il lui incombe d'effectuer la commination de faillite (*die Konkursandrohung, la comminatoria di fallimento*) avant de pouvoir demander l'ouverture de la faillite⁴⁴⁹. Il s'agit d'un « *document officiel notifié au débiteur, l'informant que s'il ne paie pas le montant d'une créance dans un délai de vingt jours, sa faillite pourra être requise par le créancier* »⁴⁵⁰. Il s'agit donc d'un avertissement et constitue la première étape de la poursuite par voie ordinaire de faillite⁴⁵¹.

211. En cas d'inaction du débiteur, le créancier, après le délai d'atermoiement de vingt jours et au maximum 15 mois après la notification du commandement de payer⁴⁵², peut introduire une réquisition de faillite (*das Konkursbegehren, la domanda di fallimento*) auprès du juge de la faillite⁴⁵³. La réquisition de faillite ne peut avoir lieu qu'après qu'une commination de faillite ait été notifiée au débiteur⁴⁵⁴. Par ailleurs, il s'agit du dernier acte de procédure posé par le créancier. Après la réquisition de faillite, la procédure se poursuit d'office⁴⁵⁵. La requête de faillite peut être effectuée par simple lettre. Cependant, la requête doit contenir un exemplaire du commandement de payer et l'acte de commination de faillite⁴⁵⁶. En cas d'omission des deux documents requis, le juge doit accorder un délai au créancier pour se conformer à la loi⁴⁵⁷.

212. Le tribunal peut ensuite déclarer la faillite par jugement (*voy. supra*, n°122 et suivants).

⁴⁴⁸ ATF 115 III 90, JdT 1992 II 16.

⁴⁴⁹ Art. 159 LP.

⁴⁵⁰ S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 340.

⁴⁵¹ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 288.

⁴⁵² Art. 166, al. 2 LP.

⁴⁵³ Art. 166, al. 1 LP.

⁴⁵⁴ S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 351.

⁴⁵⁵ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 291.

⁴⁵⁶ Art. 166, al. 1 LP.

⁴⁵⁷ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 343.

Section 2. L'administration de la faillite

213. L'administration de la faillite est confiée par la loi à l'Office des faillites. Exceptionnellement, elle peut être confiée à une administration spéciale. Leurs missions principales sont de former les masses actives et passives, la réalisation des biens et la distribution des sommes ainsi obtenues, l'administration de la masse active jusqu'à la clôture, la représentation de la masse en justice⁴⁵⁸, ainsi que la surveillance de la poursuite des activités aux conditions fixées par l'assemblée des créanciers⁴⁵⁹.

Sous-section 1. La constitution de la procédure

§1. La publication de la faillite

214. Le premier acte posé par l'Office des faillites est la publication de la faillite⁴⁶⁰. Cette publication intervient après un inventaire sommaire effectué par l'Office⁴⁶¹ et la désignation le mode de procédure applicable (liquidation en forme ordinaire ou en forme sommaire)⁴⁶². La loi désigne cette publication comme *Appel aux créanciers (Der Schuldenruf, la grida)*.

L'article 232 LP est libellé comme suit :

« L'office publie l'ouverture de la faillite, dès qu'il a été décidé si la liquidation a lieu en la forme ordinaire ou sommaire.

La publication indique ou contient :

⁴⁵⁸ Art. 240 LP.

⁴⁵⁹ Art. 237, al. 3 LP.

⁴⁶⁰ Art. 232 LP.

⁴⁶¹ Art. 222, 225, 229 LP.

⁴⁶² Art. 232, al. 1 LP.

1. la désignation du failli et de son domicile, ainsi que l'indication de la date de l'ouverture de la faillite ;
2. la sommation aux créanciers du failli et à ceux qui ont des revendications à faire valoir, de produire leurs créances ou revendications à l'office dans le mois qui suit la publication et de lui remettre leurs moyens de preuve (titres, extraits de livres, etc.) ;
3. la sommation aux débiteurs du failli de s'annoncer auprès de l'office sous menace des peines prévues par la loi (art. 324, ch. 2, CP), dans le même délai ;
4. la sommation à ceux qui détiennent des biens du failli, à quelque titre que ce soit, de les mettre à la disposition de l'office dans le même délai, faute de quoi ils encourront les peines prévues par la loi (art. 324, ch. 3, CP) et seront déchus de leur droit de préférence, sauf excuse suffisante ;
5. la convocation de la première assemblée des créanciers, qui doit avoir lieu au plus tard dans les 20 jours à compter de la publication et à laquelle codébiteurs, cautions et autres garants du failli peuvent aussi assister ;
6. l'avis que les notifications destinées aux intéressés, demeurant à l'étranger leur seront adressées à l'office, tant qu'ils n'auront pas élu un autre domicile de notification en Suisse ».

Il découle trois éléments de cet article : l'information du public, la sommation aux débiteurs et détenteurs de biens, l'appel aux créanciers⁴⁶³.

- l'information au public : la publication contient l'identité du failli, son domicile, la date d'ouverture de la faillite ;
- la sommation aux débiteurs et détenteurs de biens : les débiteurs et détenteurs de biens du failli doivent s'annoncer auprès de l'office dans le mois qui suit la publication. Cette obligation supplante le secret bancaire⁴⁶⁴ ;
- l'appel aux créanciers : la publication de l'office contient une sommation faite aux créanciers de produire leurs créances dans le mois de la publication. Par ailleurs, la publication convoque la première assemblée des créanciers.

⁴⁶³ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, pp. 358 – 359.

⁴⁶⁴ Ibidem, p. 358.

§2. L'assemblée des créanciers

215. Comme le relèvent W.A. STOFFEL et I. CHABLOZ, « *les créanciers ont un rôle ambigu dans la procédure de faillite. Ils sont les premiers intéressés au résultat, mais ils se trouvent en même temps dans un rapport de concurrence entre eux* »⁴⁶⁵. Par conséquent, la LP confie l'administration de la faillite à l'office des faillites mais les créanciers doivent prendre certaines décisions durant la procédure. La loi prévoit donc deux assemblées des créanciers (*der Gläubigerversammlung, l'assemblea dei creditori*) : la première qui fait suite à la publication de la faillite (vingt jours après celle-ci)⁴⁶⁶ et la seconde la formation des masses. Par ailleurs, il n'y a pas d'assemblée des créanciers en cas de liquidation en la forme sommaire⁴⁶⁷.

A. La première assemblée des créanciers

216. La première assemblée, qui doit se réunir vingt jours après l'appel aux créanciers, réunit tous les créanciers connus. Les codébiteurs ou cautions du failli peuvent aussi assister à la première assemblée des créanciers⁴⁶⁸.

217. L'article 235, al. 1 LP prévoit que « *la première assemblée des créanciers est présidée par un membre de l'office, lequel se fait assister de deux créanciers qui forment avec lui le bureau de l'assemblée* ».

218. La première assemblée des créanciers peut décider d'instituer une administration privée⁴⁶⁹ ou une commission de surveillance⁴⁷⁰. L'office communique à l'assemblée le rapport sur la masse et l'inventaire provisoire qu'il a effectué⁴⁷¹. Par ailleurs, l'article 238, al. 1 LP prévoit

⁴⁶⁵ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 360.

⁴⁶⁶ Art. 232, al. 2, ch. 5 LP.

⁴⁶⁷ Art. 96 OAOF.

⁴⁶⁸ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 448.

⁴⁶⁹ Art. 237, al. 2 LP.

⁴⁷⁰ Art. 237, al. 3 LP.

⁴⁷¹ Art. 237, al. 1 LP.

que « *l'assemblée peut prendre des résolutions d'urgence, notamment en ce qui concerne la continuation de l'industrie ou du commerce du failli, l'ouverture de ses ateliers, magasins ou débits, les procès pendants et les ventes de gré à gré* ». Lorsque la première assemblée des créanciers décide de poursuivre les activités du failli, cette autorisation peut être modifiée par les autres assemblées. La commission de surveillance peut décider d'interrompre l'activité poursuivie seulement si cela permet d'éviter un dommage par une décision imminente⁴⁷². Par ailleurs, le second alinéa de l'article 238 LP, permet à l'assemblée de suspendre la liquidation si le failli propose un concordat. Cependant, la proposition de concordat ne doit pas sembler dilatoire et reposer sur des chances de succès probables⁴⁷³.

219. Les décisions de la première assemblée des créanciers peuvent faire l'objet d'une plainte devant l'autorité de surveillance. Le délai pour introduire une plainte est de cinq jours⁴⁷⁴ (le délai pour une introduire une plainte est normalement de dix jours selon l'article 17, al. 2 LP).

B. La commission de surveillance

220. La commission de surveillance (*der Gläubigerausschuss, la delegazione dei creditori*) est « *un organe auxiliaire légal, mais facultatif* »⁴⁷⁵ pouvant être institué par la première assemblée des créanciers⁴⁷⁶. La seconde assemblée des créanciers peut décider de la maintenir ou de la révoquer⁴⁷⁷. Elle permet de maintenir les contacts entre l'administration et les créanciers même en dehors des assemblées de créanciers⁴⁷⁸.

⁴⁷² S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 146.

⁴⁷³ ATF 120 III 95.

⁴⁷⁴ Art. 239, al 1 LP.

⁴⁷⁵ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 450.

⁴⁷⁶ Art. 237, al. 3 LP.

⁴⁷⁷ Art. 253, al. 2 LP.

⁴⁷⁸ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 361.

221. Elle est constituée au sein de l'assemblée et a pour tâches⁴⁷⁹ :

« 1. de surveiller l'administration de la faillite, de lui donner des avis quand elle en sera requise et de s'opposer à toute mesure qui lui paraîtrait contraire aux intérêts des créanciers ;

2. d'autoriser la continuation du commerce ou de l'industrie du failli et d'en régler les conditions ;

3. d'approuver les comptes, d'autoriser l'administration à plaider, à transiger ou à conclure un compromis ;

4. de contester les créances admises par l'administration ;

5. d'autoriser des répartitions provisoires en cours de liquidation ».

222. Il s'agit donc d'attributions consultatives. L'administration de la faillite est du ressort de l'office (ou dans certains cas de l'administration spéciale). Il ne peut y avoir de plainte auprès de l'autorité de surveillance à propos de décisions consultatives de la commission de surveillance. Cependant, lorsque la commission de surveillance pose des décisions qui ne sont pas simplement de nature consultative (continuation des activités, distribution de dividendes provisoires), celles-ci peuvent faire l'objet d'une plainte⁴⁸⁰.

§3. La liquidation sommaire

223. En principe, la procédure de liquidation ordinaire est la règle. Cependant, en pratique, la liquidation sommaire des faillites est, en large majorité, la plus usitée. En effet, elle est moins chère, les interventions des créanciers limitées et la procédure est conduite uniquement par l'office des faillites⁴⁸¹. Elle est demandée par l'office au juge qui décide quelle procédure appliquer à la faillite⁴⁸².

⁴⁷⁹ Art. 237, al. 3 LP.

⁴⁸⁰ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 362.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 363.

⁴⁸² Art. 231, al. 1 et 2.

Ainsi, l'article 231 LP dispose :

« L'office propose au juge de la faillite d'appliquer la procédure sommaire lorsqu'il constate que :

- 1. le produit des biens inventoriés ne suffira probablement pas à couvrir les frais de liquidation ou que*
- 2. le cas est simple.*

Si le juge agréé cette proposition, il est procédé à la liquidation sommaire de la faillite, à moins qu'un créancier ne demande, avant la distribution des deniers, que la liquidation ait lieu en la forme ordinaire et ne fournisse une sûreté suffisante pour les frais qui ne seront probablement pas couverts.

La liquidation sommaire a lieu selon les règles de la procédure ordinaire, sous réserve des exceptions suivantes :

- 1. en règle générale, il n'y a pas lieu de convoquer d'assemblée des créanciers. Toutefois, lorsque des circonstances spéciales rendent une consultation des créanciers souhaitables, l'office peut les convoquer à une assemblée ou provoquer une décision de leur part au moyen de circulaires ;*
- 2. à l'expiration du délai de production (art. 232, al. 2, ch. 2), l'office procède à la réalisation au mieux des intérêts des créanciers et en observant les dispositions de l'art. 256, al. 2 à 4. Les immeubles ne peuvent être réalisés qu'une fois dressé l'état des charges ;*
- 3. l'office désigne les biens de stricte nécessité dans l'inventaire qu'il dépose en même temps que l'état de collocation ;*
- 4. il n'est pas nécessaire de déposer le tableau de distribution ».*

Ainsi, la loi permet de simplifier la procédure de liquidation par voie ordinaire.

Lorsque l'actif de la faillite sera trop faible lors d'une première estimation faite par l'office (et sans qu'une seconde estimation puisse être exigée⁴⁸³, pour couvrir le montant d'une faillite par

⁴⁸³ ATF 114 III 30, JdT 1990 II 147, cite par P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 440.

voie de liquidation ordinaire (al. 1, ch. 1). Ainsi, la loi permet de protéger les finances publiques et de préserver les intérêts de l'Etat⁴⁸⁴.

Elle s'applique aussi lors d'un « cas simple » (al. 1, ch. 2). Le cas simple lorsque « *la formation de la masse active et son administration ne posent pas beaucoup de problèmes, et cela même si la valeur des actifs est considérable* »⁴⁸⁵. Ainsi, la continuation des activités, la nature « peu sûre » des actifs, des mesures conservatoires d'une certaine ampleur ne permettent pas d'effectuer une faillite par voie de liquidation sommaire⁴⁸⁶.

En effet, l'office est le seul habilité à administrer une faillite par voie de liquidation simplifiée. Cependant, les étapes de la procédure sont similaires à celles d'une procédure par voie de liquidation ordinaire. Par ailleurs, lors de la réalisation des biens, la distribution se fait sans autre formalité, sans dépôt d'un tableau de distribution et sans répartitions provisoires⁴⁸⁷.

§4. La suspension de la faillite faute d'actif

224. L'article 230 LP, qui traite de la suspension de la faillite faute d'actif (*Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven, Sospensione della procedura di fallimento per mancanza di attivi*), dispose :

« Lorsqu'il est probable que la masse ne suffira pas à couvrir les frais de liquidation sommaire, le juge qui a ordonné la faillite prononce la suspension de celle-ci à la demande de l'office.

L'office publie cette décision. La publication porte que la faillite sera clôturée si, dans les dix jours, les créanciers n'en requièrent pas la liquidation et ne fournissent pas la sûreté exigée pour les frais qui ne seront pas couverts par la masse.

⁴⁸⁴ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 363.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 364.

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

⁴⁸⁷ Art. 96c OAO, ATF 117 III 44 cité par S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 143.

Dans les deux ans après la suspension de la liquidation, le débiteur peut aussi être poursuivi par voie de saisie.

Les poursuites engagées avant l'ouverture de la faillite renaissent après la suspension de celle-ci. Le temps écoulé entre l'ouverture et la suspension de la faillite ne compte pas pour le calcul des délais prévus par la présente loi ».

225. Selon W.A. STOFFEL et I. CHABLOZ, la majorité (55%) des faillites prononcées sont suspendues pour faute d'actifs. Selon ces auteurs, en 2014, sur 11'842 ouvertures de faillites, 6845 étaient suspendues faute d'actifs⁴⁸⁸.

Sous-section 2. La formation de la masse active

226. La failli, les tiers et les autorités ont certaines obligations dans le cadre de la formation de la masse active (§1). Par ailleurs, dès que l'office des faillites a reçu la communication de l'ouverture de la faillite, il doit procéder à l'inventaire (§2), prendre des mesures conservatoires (§3), et déclencher le cas échéant les procédures de revendication (§4).

§1. Les obligations du failli, des tiers et des autorités

227. Afin de permettre à l'office de constituer la masse active de la faillite, le failli a plusieurs obligations légales à remplir :

- le failli doit, sous menaces d'infractions pénales, indiquer l'ensemble de ses biens à l'office et de les mettre à la disposition de ce dernier⁴⁸⁹ ;
- il doit répondre aux questions posées par le préposé selon l'article 37 OAOF :

⁴⁸⁸ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 365.

⁴⁸⁹ Art. 222, al. 1 LP.

« A l'occasion de l'inventaire le préposé est tenu d'interroger le failli sur les points suivants :

a. le nom et le domicile de tous les créanciers connus et dont les livres ne font pas mention;

b. l'existence de procès au sens de l'article 207, 1^{er} alinéa LP;

c. l'existence de polices d'assurance des personnes et d'assurance contre les dommages (cf. art. 54 et 55 de la LF du 2 avril 1908⁴⁹⁰ sur le contrat d'assurance);

d. la puissance paternelle ou la tutelle qu'il exerce éventuellement, ainsi que les revendications de propriété ou les créances existant en faveur des personnes qui y sont soumises;

e. le grade qu'il a dans l'armée: sous-officier, officier ou officier spécialiste (soldat, appointé ou sous-officier exerçant des fonctions d'officier) » ;

- il doit produire ses livres comptables, ses livres de ménage, l'argent comptant, les valeurs, et « *actes de quelques importances* »⁴⁹⁰ ;
- il doit rester à disposition de l'office durant toute la durée de la liquidation, sous peines d'infraction pénale⁴⁹¹. Ainsi, s'il ne peut travailler à cause de cette obligation, l'office peut lui accorder un indemnité d'assistance équitable⁴⁹². Il s'agira d'une dette de la masse⁴⁹³.
- Il doit, par ailleurs, ouvrir ses locaux⁴⁹⁴.

228. Les tiers et les autorités sont aussi soumis à quelques obligations imposées par la LP :

- les membres du ménages doivent effectuer lesdites obligations du failli en lieu et place lorsque ce dernier est décédé ou en fuite⁴⁹⁵ ;
- par ailleurs, les autorités ont la même obligation de renseignement que le failli⁴⁹⁶.

⁴⁹⁰ Art. 223, al. 2 LP.

⁴⁹¹ Art. 229, al. 1 LP.

⁴⁹² Art. 229, al. 2 LP.

⁴⁹³ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 430.

⁴⁹⁴ Art. 222, al. 3 LP.

⁴⁹⁵ Art. 222, al. 2 LP.

⁴⁹⁶ Art. 222, al. 5 LP.

§2. La prise d'inventaire

229. La prise d'inventaire peut être défini comme la « *mesure provisionnelle visant à faire une liste de biens* [droit de propriété matérielle ou immatérielle, droits de créance, autres droits] *faisant l'objet d'un dessaisissement du débiteur* »⁴⁹⁷. Elle a lieu d'office dès la déclaration de faillite⁴⁹⁸.

230. Il s'agit d'une mesure interne à l'administration qui ne produit pas d'effet à l'égard des tiers. Elle permet de déterminer la procédure qui sera suivie par la suite⁴⁹⁹. La prise d'inventaire ne fixe pas la masse active de manière définitive. Par ailleurs, les biens du failli donc dans la masse de plein droit dès l'ouverture de la faillite et non par la prise d'inventaire⁵⁰⁰. L'administration inventorie tous les biens dont elle présume que le débiteur est propriétaire (même s'ils sont insaisissables au sens de l'article 92 LP⁵⁰¹ ou qu'ils appartiennent à des tiers, qu'ils se trouvent à l'étranger)⁵⁰². Cependant, seul les biens portés à l'inventaire pourront être réalisés⁵⁰³.

Tout bien porté à l'inventaire est estimé⁵⁰⁴, le cas échéant par des experts⁵⁰⁵. Le failli doit vérifier l'inventaire et déclarer, en y apposant sa signature, s'il le reconnaît exact et complet⁵⁰⁶.

§3. Les mesures de sûreté

231. L'article 223 LP impose à l'office des faillites de prendre des mesures de sûreté :

⁴⁹⁷ S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 346.

⁴⁹⁸ Art. 221 LP.

⁴⁹⁹ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 369.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 369.

⁵⁰¹ Art. 224 LP.

⁵⁰² P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 431.

⁵⁰³ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 369.

⁵⁰⁴ Art. 227 LP.

⁵⁰⁵ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 369.

⁵⁰⁶ Art. 228 LP.

« L'office fait fermer et met sous scellés les magasins, dépôts de marchandises, ateliers, débits, etc., à moins que ces établissements ne puissent être administrés sous contrôle jusqu'à la première assemblée des créanciers.

Il prend sous sa garde l'argent comptant, les valeurs, livres de comptabilité, livres de ménage et actes de quelque importance.

Quant aux autres biens, il les met sous scellés jusqu'à l'inventaire. Les scellés peuvent être maintenus si l'office l'estime nécessaire.

Il pourvoit à la garde des objets qui se trouvent en dehors des locaux utilisés par le failli ».

De plus, l'article 38 OAOF permet à l'office d'exiger, auprès de la direction d'arrondissement postal compétente, le séquestre des envois postaux destinés au failli ou expédiés par lui durant toute la procédure de faillite. Le failli peut assister à l'ouverture des envois. Cette mesure ne peut être décidée que si elle semble absolument nécessaire aux intérêts de la masse et des créanciers⁵⁰⁷.

232. Par ailleurs, l'office envoie un avis aux fermiers et locataires que ceux-ci doivent payer leurs loyers et fermages à l'office sous peine de devoir payer à double⁵⁰⁸.

§4. La revendication par un tiers

A. Notions

233. La revendication dans la faillite (*das Aussonderungsrecht, le droit de ségrégation dans la faillite, la rivendicazione*), prévue à l'article 242 LP, permet aux tiers de faire valoir leur droit

⁵⁰⁷ ATF 103 III 78, JdT 1979 II 68.

⁵⁰⁸ Art. 124 ORFI.

de propriété ou de distraction⁵⁰⁹ sur les biens en la possession du failli et ainsi de faire échapper lesdits biens à la réalisation lors de la procédure de faillite⁵¹⁰.

234. Cependant, la revendication prévue à l'article 242 LP ne concerne pas les choses en possession d'un tiers ou les choses possédées en commun avec un tiers (par ex. le conjoint du failli). Dans ce cas, la masse devra revendiquer la chose lors d'un procès ordinaire via une action en revendication prévue par le droit commun, c'est-à-dire l'action en revendication de l'article 641, al. 2 du Code civil⁵¹¹.

235. Comme mentionné ci-dessus, « *la revendication ne peut avoir pour motif qu'un droit de distraction, fondée notamment sur le droit de propriété, la titularité d'une créance incorporée dans un titre (ATF 128 III 398, JdT 2002 II 92), une réserve de propriété valable, dont il appartient au tiers revendiquant de rapporter la preuve (ATF 131 III 599-600, JdT 2007 II 19-20, c.2.3.3) ou le droit de soustraction que des dispositions légales accordent expressément à certaines personnes* »⁵¹².

B. La déclaration de revendication

236. La revendication peut être effectuée, de manière expresse, par le tiers revendiquant⁵¹³, le failli ou tiers un tiers quelconque pour le compte du tiers⁵¹⁴. Lors de l'appel aux créanciers (voy. *supra*, n°214), l'article 232, al. 2 ch. 2 LP prévoit un délai d'un mois pour effectuer la revendication. Ce délai n'est pas péremptoire⁵¹⁵ mais seulement un délai d'ordre⁵¹⁶. Ainsi, l'article 45 OAOF permet d'introduire la revendication jusqu'à la répartition du produit de la réalisation. Si le bien a déjà été réalisé, le prix de réalisation est subrogé à la chose.

⁵⁰⁹ Le droit de distraction est le « *droit d'un tiers d'obtenir qu'un actif appartenant au débiteur et susceptible d'être intégré dans la masse active en soit distrait à son bénéfice* », S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 343.

⁵¹⁰ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 370.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 370.

⁵¹² P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 456.

⁵¹³ Art. 34, al. 1 OAOF.

⁵¹⁴ Art. 45, al. 1 OAOF.

⁵¹⁵ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 457.

⁵¹⁶ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 372.

237. Une revendication doit être portée à l'inventaire par l'office des faillites⁵¹⁷.

C. Procédure

238. La procédure se divise en deux étapes : la procédure préliminaire (1) et l'action en revendication (2).

1. La procédure préliminaire

i. En cas d'acceptation

239. L'office des faillites doit se positionner sur toutes les déclarations de revendications.⁵¹⁸ S'il accepte la revendication, cette acceptation n'est valable que si la seconde assemblée des créanciers l'approuve et qu'aucun créancier n'effectue la demande de cession du droit de contester la revendication (dans ce cas, la procédure sera celle prévue ci-dessous au n°242)⁵¹⁹.

240. L'office des faillites ne fait que rendre une décision et n'est pas autorisé à remettre la chose revendiquée aux tiers revendiquant. Il existe une exception à cette règle lorsque la demande est manifestement fondée, qu'une remise immédiate sera bénéfique pour la masse, ou que le tiers revendiquant offre une caution suffisante⁵²⁰.

241. Dans le cas d'une liquidation sommaire, la revendication n'est possible que pour les cas importants⁵²¹.

⁵¹⁷ Art. 34 OAOF.

⁵¹⁸ Art. 242, al. 1 LP.

⁵¹⁹ Art. 260 LP et art. 47 OAOF.

⁵²⁰ Art. 51 OAOF.

⁵²¹ Art. 49 OAOF.

ii. En cas de refus

242. En cas de refus de l'office des faillites, de la seconde assemblée des créanciers ou d'une demande de cession du droit de contester la revendication par un créancier, l'office des faillites avise le tiers revendiquant et lui assigne un délai de vingt jours pour introduire une action en justice. Il s'agit d'un délai péremptoire⁵²². En cas de dépassement du délai, il sera réputé renoncer à la revendication.

2. L'action en revendication

243. L'action en revendication dans la faillite est un incident de la procédure d'exécution forcée. Par conséquent, elle ne sort pas d'effets en dehors de la procédure de faillite dans laquelle elle est intentée⁵²³.

244. Le procès en revendication, qui est un procès ordinaire⁵²⁴, va permettre de déterminer si un bien doit faire partie de la masse ou non.

⁵²² Art. 242, al. 2 LP; art. 46 et 52 OAO; ATF 107 III 86, JdT 1983 II 73.

⁵²³ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 459.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 459.

Sous-section 3. La formation de la masse passive

245. La formation de la masse passive (« collocation ») se déroule en même temps que la formation de la masse active (*voy. supra*, n°226 et suivants). Il s'agira de constater les dettes du failli.

La formation de la masse passive se déroule en trois étapes : vérification des créances (§1), l'état de collocation (§2) et la liquidation de litiges le cas échéant (§3).

§1. La vérification des créances

246. Lors de la vérification des créances, l'office des faillites va examiner les créances produites par les créanciers dans le mois qui suit l'appel aux créanciers. Il statue sur leur admission au passif de la masse⁵²⁵.

La production de créances (et de droits de gage, de droits réels limités, de droits personnels) peut être faite par écrit (une simple lettre) ou verbalement. Dans ce dernier cas, l'office des faillites l'inscrit au procès-verbal de faillite⁵²⁶. Cependant, les droits et créances inscrits au registre foncier sont automatiquement pris en considération par l'office⁵²⁷. Le créancier doit indiquer dans sa production les moyens de preuve en original ou en copie authentique⁵²⁸. Si la production n'est pas suffisamment justifiée, l'office des faillites peut accorder un délai au créancier pour apporter d'autres preuves⁵²⁹.

⁵²⁵ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 373.

⁵²⁶ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 460.

⁵²⁷ Art. 247, al. 2 LP.

⁵²⁸ Art. 232, al. 2, ch. 2 LP et art. 41 OAOF.

⁵²⁹ Art. 59, al. 1 OAOF.

§2. Examen des productions par l'office

248. L'article 244 LP dispose qu'« *après expiration du délai fixé pour les productions, l'administration examine les réclamations et fait les vérifications nécessaires. Elle consulte le failli sur chaque production* ». L'office des faillites effectue un examen *prima facie* des créances ou des droits⁵³⁰. Par ailleurs, bien que la loi l'oblige à consulter le failli sur chaque production, l'office des faillites n'est pas tenu par l'avis du failli⁵³¹ mais devra mentionner la détermination du failli dans l'acte de défaut de biens après faillite⁵³². L'administration va reporter les déclarations du failli sur la liste des productions ou sur un procès-verbal spécial signé par le failli⁵³³.

L'office admet ou non les créances ou les droits au passif⁵³⁴. En cas d'admission, l'administration les portent à l'état de collocation.

§3. L'état de collocation

A. Notions

249. L'état de collocation est un « *document établi par l'administration de la faillite, sur la base des productions, dans le but de faire la liste des créanciers admis à participer à une faillite, avec leurs éventuels privilèges* »⁵³⁵. Il s'agit donc d'un « *tableau du passif* » qui détermine le droit de participer à la distribution du produit de réalisation des actifs et la mesure

⁵³⁰ S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 160.

⁵³¹ Art. 245 LP.

⁵³² Art. 265, al. 1 LP.

⁵³³ Art. 55 OAO.

⁵³⁴ *Idem.*

⁵³⁵ S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 343.

de ladite participation⁵³⁶. Il est dressé que la faillite soit liquidée en la forme sommaire ou en la forme ordinaire⁵³⁷.

250. L'état de collocation doit être dressé dans les soixante jours suivant la fin du délai d'ordre prévu pour la production des créances⁵³⁸. Ce délai peut être prolongé par l'autorité de surveillance⁵³⁹.

251. L'administration doit mentionner les créances écartées du passif et les raisons de ce rejet⁵⁴⁰.

252. Pour le surplus, l'article 249 LP prévoit les éléments suivants :

« L'état de collocation est déposé à l'office.

L'administration en avise les créanciers par publication.

Les créanciers dont les productions ont été écartées en tout ou en partie, ou qui n'ont pas été admis au rang auquel ils prétendaient, en sont informés directement ».

B. En cas d'existence d'une commission de surveillance

253. Lorsque la première assemblée des créanciers a décidé d'instituer une commission de surveillance, l'état de collocation doit lui être soumis. Elle dispose d'un délai de dix jours pour le modifier (ce délai peut être modifié par l'autorité de surveillance)⁵⁴¹. Les décisions de la commission sont inscrites à l'état de collocation⁵⁴².

⁵³⁶ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 462.

⁵³⁷ Art. 70 OAOF.

⁵³⁸ Art. 247, al. 1 LP.

⁵³⁹ Art. 247, al. 4 LP.

⁵⁴⁰ Art. 248 LP.

⁵⁴¹ Art. 247, al. 3 LP.

⁵⁴² Art. 64 OAOF.

254. L'article 237, al. 3, ch. 4 LP permet à la commission de surveillance « *de contester les créances admises par l'administration* ». Elle peut donc écarter certaines créances de l'état de collocation. Cependant, il n'est pas certain que la commission de surveillance puisse admettre une créance rejetée par l'office des faillites⁵⁴³.

C. La plainte contre l'état de collocation

255. L'état de collocation constitue une décision d'une autorité de l'exécution forcée. Par conséquent, elle peut faire l'objet d'une plainte de la part du failli, des intervenants ou des tiers intéressés (par exemples ceux qui revendiquent un droit).⁵⁴⁴

Cependant, la plainte n'est recevable qu'en cas de vice de procédure lors de l'établissement de l'état de collocation⁵⁴⁵. Ainsi, tel sera le cas lorsque :

- il existe une négligence dans le chef de l'office des faillites dans le cadre de la vérification des créances⁵⁴⁶ ;
- l'état de collocation n'est pas clair quant à l'admission ou le rejet d'une créance⁵⁴⁷.

Si l'état de collocation est modifié à la suite d'une plainte, il doit être déposé et publié à nouveau⁵⁴⁸.

⁵⁴³ ATF 93 III 65-66, JdT 1968 II 8, considérant 2b.

⁵⁴⁴ Art. 17 à 19 LP.

⁵⁴⁵ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 465.

⁵⁴⁶ BISchK 1998 68 cité par P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 465.

⁵⁴⁷ ATF 103 III 15-16, JdT 1979 II 6, considérants 2 et 3, cité par *Ibidem*, p. 465.

⁵⁴⁸ Art. 67, al. 3 OAO.

Sous-section 4. La réalisation

256. La réalisation constitue la dernière étape de la procédure de faillite. En effet, la masse active et la masse passive ont été déterminées. La réalisation des biens peut donc débiter. Elle peut être décomposée en plusieurs étapes : la deuxième assemblée des créanciers (§1), la cession des prétentions litigieuses (§2), la réalisation (§3) ainsi que la distribution des deniers (§4), et, le cas échéant, l'établissement des actes de défaut de biens (§5).

§1. La deuxième assemblée des créanciers

257. Lorsque l'office des faillites a déposé l'état de collocation, elle doit convoquer, par lettre recommandée adressée à chaque intervenant, au moins vingt jours à l'avance, la seconde assemblée des créanciers⁵⁴⁹. Par ailleurs, « *s'il y a lieu de délibérer sur une demande de concordat, la convocation l'indique* »⁵⁵⁰.

Si la seconde assemblée ne peut être valablement constituée, l'administration en prend acte et cette dernière poursuivra la liquidation⁵⁵¹. Il est toujours possible à l'administration de convoquer d'autres administrations⁵⁵². Cependant, comme le relève P-R GILLIERON⁵⁵³, l'administration contacte le plus souvent les créanciers par voie de circulaire lorsqu'il « *y a péril en la demeure* »⁵⁵⁴. Cependant, la communication par voie de circulaire n'est possible que si les droits des créanciers ne sont pas compromis⁵⁵⁵.

258. L'article 253 LP détermine les compétences de la deuxième assemblée des créanciers :

⁵⁴⁹ Art. 252, al. 1 LP.

⁵⁵⁰ Art. 252, al. 2 LP.

⁵⁵¹ Art. 254 LP.

⁵⁵² Art. 255 LP.

⁵⁵³ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 471.

⁵⁵⁴ Art. 255a, al. 1 LP.

⁵⁵⁵ ATF 103 III 82, JdT 1979 II 72, considérant 2, cité par P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 471.

« L'administration présente à l'assemblée un rapport complet sur la marche de la liquidation et sur l'état de l'actif et du passif.

L'assemblée décide si elle confirme dans leurs fonctions l'administration et les membres de la commission de surveillance ; elle prend souverainement toutes les décisions qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt de la masse » (nous soulignons).

Ainsi, la seconde assemblée peut confirmer ou destituer une administration spéciale ou une commission de surveillance. Par ailleurs, elle est compétente pour prendre « toutes les décisions qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt de la masse ». Elle se prononce⁵⁵⁶ :

- sur les revendications de propriété sur un bien inventorié ;
- sur la continuation des prétentions litigieuses (c'est-à-dire les procès pendants du failli, les procès au nom de la masse, les procès contre des tiers qui détiennent des biens du failli) ;
- sur la conclusion de transactions ;
- sur les contestations de l'état de collocation⁵⁵⁷ ;
- sur une éventuelle proposition de concordat ;
- sur la vente de gré à gré des biens constituant la masse⁵⁵⁸.

259. Les décisions de la deuxième assemblée des créanciers est une décision d'une autorité de l'exécution forcée (c'est-à-dire d'un acteur de la procédure de faillite doté de pouvoirs décisionnels). Par conséquent, celles-ci peuvent être attaquée par voie de plainte devant l'autorité de surveillance⁵⁵⁹. Le délai de plainte est de dix jours⁵⁶⁰. Lorsque ce délai est écoulé, les décisions de la deuxième assemblée deviennent définitives et la réalisation par l'office peut débiter⁵⁶¹. Les motifs de plainte sont une violation de la loi ou un abus du pouvoir d'appréciation (la deuxième assemblée prend souverainement ses décisions) qui est assimilé à une violation de la loi ou à l'arbitraire. Ainsi, lorsque la deuxième assemblée des créanciers

⁵⁵⁶ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 472.

⁵⁵⁷ Art. 242, al. 1 LP.

⁵⁵⁸ Art. 256, al. 1 LP.

⁵⁵⁹ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 380.

⁵⁶⁰ Art. 17 LP.

⁵⁶¹ P. MONTAVON, *op. cit.*, p. 100.

commet un abus du pouvoir d'appréciation lorsqu'elle prend une décision manifestement incompatible avec le but de la procédure de faillite (tel que la désignation d'une administration spéciale après la liquidation de la masse⁵⁶²) ou lorsque sa décision lèse les droits individuels des créanciers⁵⁶³.

§2. La cession de droit de la masse

A. Notions

300. La cession de droit est prévue à l'article 260 LP qui dispose :

« Si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention, chacun d'eux peut en demander la cession à la masse.

Le produit, déduction faite des frais, sert à couvrir les créances des cessionnaires dans l'ordre de leur rang et l'excédent est versé à la masse.

Si l'ensemble des créanciers renonce à faire valoir une prétention et qu'aucun d'eux n'en demande la cession, cette prétention peut être réalisée conformément à l'art. 256 ».

Ainsi, la cession de droit de la masse constitue « un mandat procédural donné par la masse à un ou plusieurs créancier(s) de faire valoir une prétention contre un tiers, ou de s'opposer à une prétention d'un tiers contre la masse »⁵⁶⁴. En effet, l'office des faillites (ou l'administration spéciale le cas échéant) hésite à faire valoir les prétentions incertaines⁵⁶⁵. Dans ce cas, elle peut autoriser une cession de droit, qui permet à un créancier de faire valoir cette prétention incertaine en lieu et place de la masse. Le créancier cessionnaire devra avancer les frais mais sera désintéresser en priorité en cas de victoire du procès. S'il succombe au procès, il supportera l'ensemble des frais du procès, même ceux avancés avant qu'il ne devienne cessionnaire⁵⁶⁶.

⁵⁶² ATF 109 III 88, JdT 1985 II 136, cité par P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 472.

⁵⁶³ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 472.

⁵⁶⁴ S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 163.

⁵⁶⁵ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 381.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 383.

301. Il s'agit d'une forme spéciale de réalisation des biens du failli⁵⁶⁷. La cession de droits de la masse ne doit pas être confondue avec la cession de droit au sens des articles 164 et suivants du Code des obligations. En effet, la cession de droit de la masse ne concerne que le droit d'agir et non le droit lui-même qui est conservé par la masse. Il s'agit d'un cas de *Prozessstandschaft*⁵⁶⁸.

302. La cession de droits de la masse peut concerner tous les droits (et non les objets⁵⁶⁹) faisant partie de la masse, sans aucune limitation⁵⁷⁰.

B. Conditions de mise en œuvre

303. La mise en œuvre de la cession de droit requiert deux conditions imposées par l'article 260, al. 1 LP, à savoir :

- la renonciation par la masse (l'ensemble des créanciers) de faire valoir les prétentions litigieuses lors de la seconde assemblée des créanciers⁵⁷¹. Cette renonciation peut être due « *soit parce que [la] prétention paraît trop incertaine, soit parce que les frais qu'elle implique paraissent trop importants, soit enfin parce que la procédure paraît trop compliquée ou trop longue* »⁵⁷².
- les créanciers intéressés par la cession doivent demander celle-ci dans un délai de dix jours après la seconde assemblée des créanciers.⁵⁷³ Le délai peut être modifié par l'administration de la faillite par le biais d'une décision prise sous forme de circulaire⁵⁷⁴, ce qui arrive régulièrement lors d'une liquidation en la forme sommaire⁵⁷⁵.

⁵⁶⁷ ATF 103 III 50, JdT 1978 II 123, cité par P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 475.

⁵⁶⁸ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 381.

⁵⁶⁹ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 478.

⁵⁷⁰ ATF 114 III 23, JdT 1990 II 83, cité par W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 382.

⁵⁷¹ *Ibidem*.

⁵⁷² S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 163.

⁵⁷³ Art. 48, al. 1 OAOF.

⁵⁷⁴ Art. 48, al. 2 OAOF.

⁵⁷⁵ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 477.

304. L'autorisation de cession est effectuée par l'administration de la faillite par un formulaire prévu à cette effet (formulaire n°7). Cette autorisation servira de légitimation au cessionnaire⁵⁷⁶. La décision peut faire l'objet d'une plainte devant l'autorité de surveillance⁵⁷⁷.

§3. La réalisations des biens de la masse

305. Les décisions relatives à la réalisation (*die Verwertung, la realizzazione*) des biens de la masse appartiennent à la seconde assemblée des créanciers⁵⁷⁸ (sauf réserve de la compétence de la première assemblée en cas d'urgence⁵⁷⁹). Cependant, la réalisation est effectuée par l'administration de la faillite (sauf dans le cas d'une cession de droit de la masse, voy. *supra*, sous-section 4, §2). La réalisation peut être effectué selon trois modes : la vente de gré à gré (1), la vente aux enchères publiques (2) et la cession de droit de la masse (voy. *supra*, sous-section 4, §2).

A. La vente de gré à gré

306. La vente de gré à gré (*der Verkauf aus freier Hand/der freihandverkauf, la vendita a trattative private*) peut être définie comme la « vente forcée d'un actif du débiteur à un acquéreur choisi par (...) l'administration de la faillite, par opposition à une vente aux enchères forcée »⁵⁸⁰.

Dans certains cas, la réalisation des biens par la vente de gré à gré peut sembler le mode de réalisation le plus favorable⁵⁸¹.

⁵⁷⁶ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 382.

⁵⁷⁷ Art. 17 LP.

⁵⁷⁸ Art. 256, al. 1 LP.

⁵⁷⁹ Art. 238, al. 1 LP.

⁵⁸⁰ S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 355.

⁵⁸¹ Art. 256, al. 1 LP.

Cependant, ce mode de réalisation n'est admis que si les créanciers ont eu l'occasion de déterminer une offre précise ou d'effectuer eux-mêmes des offres supérieures lorsqu'il est question de la réalisation d'un « *bien de valeur élevée* [ou d'un immeuble] »⁵⁸².

307. Le Tribunal fédéral⁵⁸³ a estimé que la vente de gré à gré (de même que la vente aux enchères publiques) constitue une institution de l'exécution forcée et peut donc être attaquée par voie de plainte⁵⁸⁴.

B. La vente aux enchères publiques

308. Il s'agit du « *mode normal de réalisation des biens dans la faillite* »⁵⁸⁵. Elle est exécutée par l'administration de la faillite⁵⁸⁶. La vente aux enchères publiques (*die Versteigerung, l'incanto*) se décompose en trois étapes : les opérations préliminaires, les enchères et l'adjudication.

1. Les opération préliminaires

309. La vente aux enchères publiques doit être précédée d'une publication qui « *indique le lieu, le jour et l'heure des enchères* »⁵⁸⁷. La publication doit être opérée au moins trois jours à l'avance⁵⁸⁸. En cas d'inobservation de ce délai, les enchères ne sont pas nulles⁵⁸⁹, cependant cela constitue un motif de plainte auprès de l'autorité de surveillance qui pourra annuler la vente

⁵⁸² Art. 256, al. 3 LP; ATF 105 III 76, JdT 1982 II 21; ATF 101 III 57, JdT 1976 II 46.

⁵⁸³ ATF 106 III 82, JdT 1982 II 47.

⁵⁸⁴ Art. 17 LP.

⁵⁸⁵ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 384.

⁵⁸⁶ Art. 259 LP.

⁵⁸⁷ Art. 257, al. 1 LP.

⁵⁸⁸ Circulaire du Tribunal fédéral N°2 du 7 novembre 1912.

⁵⁸⁹ ATF 130 III 409-410, JdT 2005 II 78-79, cité par P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 301.

aux enchères⁵⁹⁰. Lorsqu'il s'agit de réaliser des biens immobiliers, la publication doit intervenir au moins un mois avant les enchères⁵⁹¹.

310. Le failli ainsi que les créanciers et les tiers intéressés doivent être avertis de la vente aux enchères par un avis (*die Versteigerungsanzeige, l'avviso della vendita*) qui contient les mêmes informations que la publication.

2. Les enchères

311. Les enchères (*die Versteigerung/die Gant, l'incanto*) sont publiques. Sont autorisés à y assister toutes personnes intéressés dont les créanciers et même le failli.

L'offre peut être effectuée par écrit⁵⁹².

312. L'objet est adjugé au plus offrant après trois criées⁵⁹³. Le principe de « l'offre suffisante » valable pour la vente aux enchères après saisie n'est pas d'application en matière de faillite. Ainsi, l'objet est vendu au plus offrant après trois criées même si l'offre ne couvre pas la somme des créances⁵⁹⁴.

313. Le prix doit être payé au comptant. Ainsi, le préposé ne doit pas interrompre les enchères afin de permettre à un potentiel acheteur d'aller chercher à la banque la somme nécessaire. En effet, le Tribunal fédéral estime qu'une personne devant d'abord se procurer les fonds n'est manifestement pas en état de payer au comptant.⁵⁹⁵

⁵⁹⁰ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 302.

⁵⁹¹ Art. 257, al. 2 LP.

⁵⁹² ATF 79 III 22, JdT 1953 II 46.

⁵⁹³ Art. 258, al. 1 LP.

⁵⁹⁴ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 475.

⁵⁹⁵ ATF 100 III 17, JdT 1975 II 109, cité par P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 303.

314. Le préposé peut accorder un délai de paiement à l'adjudicataire. Il s'agit d'un droit du préposé et sa décision ne peut être revue par le Tribunal qu'en cas d'abus. Si le paiement n'est pas effectué à l'issue du délai fixé, une nouvelle enchère est prévue⁵⁹⁶. Si le prix obtenu à l'issue de cette nouvelle enchère est inférieure au prix proposé par le premier adjudicataire (appelé *fol enchérisseur*), celui-ci est redevable de la différence et de verser des dommages et intérêts le cas échéant (notamment la perte d'intérêt sur la chose)⁵⁹⁷. L'office des faillites détiendra donc une créance sur le fol enchérisseur. L'office pourra mettre en vente cette créance de la même manière que nous venons de le voir⁵⁹⁸.

315. Le préposé consigne les opérations de ventes aux enchères publiques dans le procès-verbal de vente. Ce procès-verbal constituera le titre de légitimation de l'adjudicataire⁵⁹⁹.

3. L'adjudication

316. L'adjudication (*der Zuschlag, l'aggiudicazione*) termine la procédure d'enchère forcée régie par le droit public. Il s'agit d'un acte officiel formateur de droit par lequel l'administration ôte la titularité du droit au failli et l'attribue à l'adjudicataire. Ainsi, il ne s'agit pas d'un acte juridique de droit privé mais une mesure d'exécution forcée relevant du droit public. L'adjudication est donc analogue à une expropriation forcée.⁶⁰⁰

317. Comme nous l'avons mentionné, l'adjudication est une mesure d'exécution forcée. Par conséquent, elle peut faire l'objet d'une plainte devant l'autorité de surveillance.⁶⁰¹

⁵⁹⁶ Art. 129, al. 3 LP.

⁵⁹⁷ Art. 129, al. 4 LP.

⁵⁹⁸ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 303.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 304.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 304.

⁶⁰¹ Art. 17 LP.

§4. La distribution des deniers

318. Les faillites doivent être liquidées « *dans le délai d'un an à compter de son ouverture* ». Ce délai peut être prolonger par l'autorité de surveillance⁶⁰².

319. La distribution des deniers (*die Verteilung des Erlöses, la ripartizione del ricavo*) constitue la dernière étape de la liquidation d'une faillite.

A. Le tableau de distribution et le décompte final

320. La réalisation des biens de la masse (c'est-à-dire le produit brut) auquel l'administration soustrait les frais d'administration et les dettes de la masse⁶⁰³ donne le produit de la faillite. Il s'agit du montant pouvant être alloué aux créanciers⁶⁰⁴.

321. L'administration peut dresser l'état de collocation définitif⁶⁰⁵. A partir de l'état de collocation définitif, l'office peut constituer le tableau de distribution (si le passif et l'actif sont déterminés⁶⁰⁶). Cependant, il est possible d'effectuer un tableau de distribution provisoire afin d'effectuer des répartitions provisoires⁶⁰⁷, sauf s'il s'agit d'une liquidation sommaire⁶⁰⁸. Le tableau de distribution peut être défini comme le « *document établi par l'administration de la faillite pour déterminer le montant du produit de la réalisation des actifs, et la part de ce produit afférent à chacune des créances inscrites à l'état de collocation* »⁶⁰⁹.

⁶⁰² Art. 270 LP.

⁶⁰³ Art. 262, al. 1 LP.

⁶⁰⁴ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 385.

⁶⁰⁵ Art. 261 LP.

⁶⁰⁶ Art. 83 OAOF.

⁶⁰⁷ Art. 237, al. 3, ch. 5 ; art. 266 LP; art. 82 OAOF.

⁶⁰⁸ Art. 96 OAOF.

⁶⁰⁹ S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 354.

Par ailleurs, l'administration établit le compte final qui reprend toutes les recettes et toutes les dépenses qui ont eu lieu durant la liquidation⁶¹⁰.

Le tableau de distribution et le compte final sont « *déposés au bureau de l'office pendant dix jours* »⁶¹¹. Les créanciers ainsi que le failli sont personnellement avisés, par lettre recommandée, du tableau de distribution et de du compte final. Les créanciers reçoivent un exemplaire du tableau de distribution⁶¹². Une plainte peut être déposée auprès de l'autorité de surveillance⁶¹³. Cette plainte ne peut concerner que l'établissement du tableau de distribution et non l'existence d'une créance⁶¹⁴.

B. La distribution

322. A l'issue du délai de dix jours prévu à l'article 263 LP (le tableau de distribution passe en force⁶¹⁵), l'office procède à la distribution finale des deniers tel que prévu par le tableau de distribution⁶¹⁶.

323. Une distribution provisoire (aussi appelée distribution de dividendes en cours de liquidation) est possible avant la distribution finale. Pareille distribution n'est possible que si elle ne compromet pas la distribution finale. La distribution provisoire permet de payer aux créanciers une partie de leurs dividendes bien que tous les litiges ne soient pas liquidés⁶¹⁷.

⁶¹⁰ Art. 261 LP; W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 385.

⁶¹¹ Art. 263 LP.

⁶¹² P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 484.

⁶¹³ Art. 17 LP.

⁶¹⁴ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 385.

⁶¹⁵ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 486.

⁶¹⁶ Art. 264, al. 1 LP.

⁶¹⁷ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 386.

C. Les dividendes non retirés

324. Lorsqu'un créancier ne retire pas son dividende lors de la distribution, ledit dividende sera conservé par l'office durant dix ans⁶¹⁸ à partir de la naissance du droit à la perception dans le chef du créancier⁶¹⁹. A l'issue du délai de dix ans, l'office procédera à une nouvelle répartition.

§5. L'acte de défaut de biens après faillite

325. L'acte de défaut de biens après faillite est un document remis par l'office des faillites (ou l'administration spéciale le cas échéant), après la distribution des deniers, à chaque créancier qui n'a pas été entièrement désintéressé⁶²⁰. Ce document permet au créancier non totalement désintéressé de voir sa créance réglée si le débiteur revient à meilleur fortune⁶²¹.

L'analyse des effets et de la procédure de l'acte de défaut de biens après faillite dépasse le cadre du présent travail de fin d'étude. Par conséquent, il est renvoyé au(x) lecteur(s) intéressé(s) par le sujet aux doctrines consacrées à ce sujet⁶²².

⁶¹⁸ Art. 269, al. 2 LP.

⁶¹⁹ ATF 68 III 174, cite par P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 486.

⁶²⁰ Art. 265, al. 1 LP.

⁶²¹ Art. 265, al. 2 LP.

⁶²² Notamment : W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *Voies d'exécution*, 3^e édition, Stämpfli, Berne, 2016, pp. 386 – 390 ; S. MARCHAND, *Précis de droit des poursuites*, 2^e édition, Schulthess, Genève-Zürich-Bâle, 2013, pp. 198 – 200 ; P-R GILLIERON, *Poursuites pour dettes, faillite et concordat*, 5^e édition, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2012, pp. 486-493 ; K. AMONN, F. WALTHER, *Grundriss des Schuldbetreibungs und Konkursrechts*, 9^e édition, Stämpfli, Berne, 2013, pp. 455-462.

Sous-section 5. La clôture de la faillite

326. Lorsque la distribution des deniers a été effectuée par l'office des faillites, la clôture de la faillite (*der schluss des Konkurses, la chiusura del fallimento*) peut débiter, l'administration présente le rapport final au juge de la faillite⁶²³. Le rapport final « *doit toujours être rédigé par écrit ; il est envoyé au juge de la faillite avec tous les actes et pièces justificatives, y compris les quittances relatives au paiement des dividendes. Copie de ce rapport est annexée aux actes de la faillite. Ce rapport contiendra un exposé concis des opérations de liquidation. Il mentionnera spécialement et d'une manière sommaire les causes de la faillite, le montant de l'actif et du passif, le total du découvert ; il indiquera enfin, cas échéant, les sommes qui ont dû être déposées à la caisse des consignations à teneur de l'article 264, 3^e alinéa LP* »⁶²⁴.

Si le juge constate que la liquidation est terminée, il prononce la clôture⁶²⁵. La procédure de faillite est terminée et ses effets cessent. Par ailleurs, le juge peut transmettre, le cas échéant, ses observations sur l'administration de la faillite à l'autorité de surveillance⁶²⁶.

327. L'office des faillites (même lorsque l'administration de la faillite a été confiée à une administration spéciale⁶²⁷) doit publier la clôture de la faillite⁶²⁸. L'office doit donner avis de la clôture à/au :

- l'office des poursuites⁶²⁹ ;
- préposé au registre du commerce⁶³⁰ ;
- conservateur du registre foncier⁶³¹ ;
- l'institut suisse de la propriété intellectuelle⁶³².

⁶²³ Art. 268, al. 1 LP.

⁶²⁴ Art. 92 OAOF.

⁶²⁵ Art. 268, al. 2 LP.

⁶²⁶ Art. 268, al. 3 LP.

⁶²⁷ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 494.

⁶²⁸ Art. 268, al. 4 LP.

⁶²⁹ Art. 176 LP.

⁶³⁰ Art. 176 LP.

⁶³¹ Art. 176 LP.

⁶³² Art. 169, al. 2 LDIP.

328. Si la liquidation a été suspendue faute d’actifs (voy. *supra*, n°224), l’office ne doit pas publier la clôture de la faillite⁶³³. Cependant, l’office doit quand même donner avis à l’office des poursuites, au préposé au registre du commerce et au conservateur du registre foncier⁶³⁴.

329. Si certains actifs n’ont pas pu être portés à la connaissance de l’office avant la clôture, la loi permet d’éviter que les biens soient restitués au failli. Par conséquent, il y a lieu à une répartition ultérieure. Ainsi, l’article 269 LP dispose comme suit :

« Lorsque, la faillite clôturée, l’on découvre des biens qui ont échappé à la liquidation, l’office en prend possession, les réalise et en distribue le produit sans autre formalité entre les créanciers perdants, suivant leur rang.

Il en est de même des dépôts qui deviennent disponibles ou qui n’ont pas été retirés dans les dix ans.

S’il s’agit d’un droit douteux, l’office en donne avis aux créanciers par publication ou par lettre et il est procédé conformément aux dispositions de l’art. 260 [la cession de droit litigieux] ».

⁶³³ Art. 93 OAOF.

⁶³⁴ P-R GILLIERON, *op. cit.*, p. 494.

Chapitre 3. Conclusion intermédiaire : analyse comparative

Section 1. Une procédure de faillite sensiblement similaire

330. L'administration et la liquidation de la faillite en droit belge ainsi qu'en droit suisse présentent de grandes similarités. Elles sont quasiment identiques.

En effet, les « grandes étapes » devant être observées par le curateur et par l'office des faillites sont identiques : phase préparatoire, administration, liquidation, distribution de l'actif réalisé et clôture de la faillite. Elles ne présentent que des différences marginales (tel que par exemple, la cession de droit de la masse prévu en droit suisse).

Il faut relever la possibilité pour l'office des faillites de choisir entre deux types de procédures applicables à la faillite : la liquidation en la forme ordinaire et la liquidation en la forme sommaire. Cette dernière permet d'alléger sensiblement la procédure et ainsi d'économiser les deniers de l'Etat. Ainsi, aucune assemblée des créanciers ne peut être instituée et aucun tableau de distribution ne doit être déposé. Le droit belge ne prévoit pas de choix similaire pour le curateur. Cependant, cela semble inutile du fait de l'implication moins grande des créanciers.

Section 2. Une implication plus (trop ?) prononcée des créanciers en droit suisse

331. Après avoir analysé l'administration et la liquidation en droit belge et en droit suisse, on ne peut que constater l'implication importante des créanciers en droit suisse⁶³⁵.

En effet, l'exemple le plus important est l'assemblée des créanciers. Le droit de la faillite suisse permet à la première assemblée des créanciers de décider de « retirer » la faillite des mains de l'office des faillites pour la confier à une administration privée. Certes, l'assemblée des créanciers est présidée par le préposé de l'office des faillites, il est assisté de deux créanciers afin de former le Bureau de l'assemblée. Les décisions de l'assemblée peuvent tout de même faire l'objet d'une plainte auprès de l'autorité de surveillance.

La première assemblée des créanciers peut aussi décider d'instituer une commission de surveillance qui dispose de compétences consultatives similaires aux autorisations du juge-commissaire. Cependant, à la différence du magistrat consulaire belge, la commission de surveillance est constituée au sein de l'assemblée des créanciers. Ainsi, ce n'est pas le pouvoir judiciaire qui autorise l'office des faillites à effectuer certains actes mais bel et bien les créanciers. La commission de surveillance – dans le cas où elle a été instituée par l'assemblée – autorise la poursuites des activités du failli, approuve les comptes, conteste les créances et autorise les répartitions provisoires.

En droit belge, cette implication accrue des créanciers n'a pas lieu (du moins légalement). En effet, le curateur est totalement indépendant des créanciers. Il doit cependant veiller aux intérêts des créanciers (d'où une potentielle mise en cause de sa responsabilité). Par conséquent, il peut consulter les créanciers afin d'obtenir leur avis sur certaines décisions qu'il souhaite poser (on songe notamment à la poursuite des activités). Par ailleurs, le curateurs a un devoir

⁶³⁵ Pour une critique de cet état de fait, voy. <https://www.letemps.ch/suisse/debacle-swissair-apparaître-limites-droit-suisse-faillite>

d'informations envers les créanciers. Ces derniers disposent aussi d'un droit d'opposition face au curateur lorsque celui-ci prend des décisions relatives à la reconstitution de l'actif qui sont contraires aux intérêts des créanciers. Ce droit leur permet la nomination d'un curateur *ad hoc*.

Titre III. Les responsabilités du curateur et de l'Office des faillites

Chapitre 1. La responsabilité du curateur

332. Le curateur, dans l'exercice de sa mission, est soumis à diverses responsabilités. La première est sa responsabilité civile lors de l'administration de la faillite (section 1). Par ailleurs, le droit pénal érige en infraction spécifique les malversations que pourrait effectuer le curateur dans l'exercice de sa mission (section 2).

Section 1. La responsabilité civile

§1. Notion

333. Les curateurs n'encourent aucune responsabilité contractuelle (à la différence des huissiers, notaires et avocats⁶³⁶). En effet, il n'exerce pas sa mission dans le cadre d'un mandat au sens de l'article 1984 C. civ.⁶³⁷. (*a contrario*, M. GREGOIRE considère que le régime applicable au curateur est celui du mandataire salarié au sens de l'article 1992 C. civ.)⁶³⁸. Cependant, ils sont responsables des fautes extracontractuelles commises par eux, leurs collaborateurs, préposés ou mandataires⁶³⁹.

334. Le critère de responsabilité est celui du curateur normalement diligent et attentif (c'est-à-dire le critère du bon père de famille)⁶⁴⁰. Ce critère s'apprécie *in concreto*, selon les spécificités

⁶³⁶ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 735.

⁶³⁷ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 985.

⁶³⁸ M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 244.

⁶³⁹ N. THIRION, T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGGER, M. SIMONIS, *op. cit.*, p. 755.

⁶⁴⁰ Art. XX.132, al. 2 CDE.

de la faillite en question. Ainsi, comme le relève A. ZENNER⁶⁴¹, afin d'apprécier la mise en cause de la responsabilité du curateur, le tribunal doit tenir compte « *des difficultés de [la mission du curateur], de la multiplicité des problèmes qui se posent [aux curateurs] et de la rapidité avec laquelle les décisions ou orientations doivent être prises, sans toujours disposer du temps nécessaire à la réflexion ou pour les consigner par écrit, particulièrement dans les premières semaines qui suivent le jugement déclaratif* ». Le juge doit donc effectuer une appréciation marginale de la faute commise par le curateur⁶⁴². Par ailleurs, même dans le cas d'une action qui aurait été autorisée par le juge-commissaire ou le tribunal de l'entreprise, le curateur reste personnellement responsable. En effet, l'obligation légale d'agir en bon père de famille l'oblige à vérifier si l'acte autorisé doit être mis en œuvre ou non⁶⁴³. Dans ce cadre, il faut tout de même mentionner l'article XX.168, *in fine* du Code de droit économique qui dispose que « *tout paiement effectué sur ordre du juge-commissaire ou avec son autorisation entraîne décharge pour les curateurs* ».

335. Le curateur doit souscrire une assurance responsabilité civile. Celle-ci peut consister en une extension de la police d'assurance souscrit en sa qualité d'avocat afin de garantir son activité en tant que curateur. A l'inverse, il peut s'agir d'une nouvelle police d'assurance spécifique à l'exercice de la profession de curateur⁶⁴⁴.

336. Maître BISINELLA fait remarquer que la responsabilité civile qui pèse sur le curateur peut rendre « frileux » certains praticiens inexpérimentés quant à la prise de décision dans l'intérêt de la masse. Selon lui, la responsabilité qui pèse sur le curateur, bien que couverte par une assurance RC, plaide pour une professionnalisation de la fonction de curateur⁶⁴⁵.

⁶⁴¹ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 986.

⁶⁴² Mons, 9 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 497.

⁶⁴³ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 738.

⁶⁴⁴ *Ibidem*.

⁶⁴⁵ Voy. Point 5 de l'entretien écrit avec Maître BISINELLA (annexe n°1).

§2. La responsabilité à l'égard du failli

337. Malgré le fait que le curateur ne soit pas un mandataire du failli, ce dernier peut mettre en cause sa responsabilité⁶⁴⁶. Il pourra s'agir, par exemple, d'une faute de gestion.

338. La question de la responsabilité du curateur vis-à-vis du failli est débattue lors de la clôture de la faillite et de la reddition des comptes. Le failli ne peut agir en responsabilité contre le curateur avant ce moment. Il pourra se plaindre auprès du juge-commissaire ou demander la révocation du curateur⁶⁴⁷.

§3. La responsabilité à l'égard des tiers

339. Le curateur peut voir sa responsabilité engagé par des tiers, c'est-à-dire les personnes autres que le failli ou les créanciers dans la masse.

Comme le relève I. VEROUGSTRAETE⁶⁴⁸, les cas de responsabilité du curateur vis-à-vis de tiers sont : la poursuite déficitaire des activités (si celle-ci est fautive), lorsque le curateur outrepassé les limites de sa mission (décision de poursuivre les activités sans autorisation du juge-commissaire par exemple), un délit ou quasi-délict commis par le curateur, vente de biens appartenant à des tiers.

⁶⁴⁶ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 987.

⁶⁴⁷ Civ. Bruxelles, 9 février 2006, R.G.A.R., 2008, n° 14.340, cité par I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 737.

⁶⁴⁸ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 736.

§4. La responsabilité à l'égard des créanciers dans la masse

340. Le curateur pourra voir sa responsabilité engagée par les créanciers dans la masse notamment dans le cas où il viendrait à commettre des fautes de gestion lors de l'administration de la faillite.

Ainsi, les créanciers dans la masse pourront, par exemple, mettre en cause la responsabilités du curateur dans les cas suivants :

- en cas de poursuite déficitaire de l'activité au préjudice de la masse⁶⁴⁹ ;
- en cas de refus de la part du curateur de résilier le bail et de libérer les lieux alors que, *in casu*, le fonds de commerce ne pouvait être valorisé avec le droit au bail⁶⁵⁰ ;
- en cas de procédure jugée téméraire et vexatoire intentée par le curateur⁶⁵¹.

341. Les créanciers dans la masse ne peuvent engager la responsabilité du curateur qu'au moment de la clôture de faillite. En effet, le législateur a voulu éviter que la mission du curateur subisse des interférences de la part de créanciers mécontents⁶⁵². Lorsque la procédure de clôture est terminée, celle-ci « *met fin à la mission des curateurs, sauf en ce qui concerne l'exécution de la clôture et comporte une décharge générale* ». Par conséquent, les créanciers ne peuvent engager la responsabilité du curateur une fois la clôture de faillite achevée sauf en ce qui concerne l'exécution de ladite clôture ou en cas de fraude quant aux opérations couvertes par la décharge⁶⁵³.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, p. 737.

⁶⁵⁰ Civ. Liège, 23 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1107, cité par A. ZENNER, *op. cit.*, p. 987.

⁶⁵¹ Liège, 14 janvier 1999, *J.T.*, 1999, p. 372.

⁶⁵² I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 737.

⁶⁵³ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 988.

Section 2. La responsabilité pénale

342. Le Code pénal du 8 juin 1867⁶⁵⁴ institue, en son Titre IX, chapitre 2, section 1, « *certaines infractions liées à l'insolvabilité* ». Bien que la majorité des infractions prévues visent le failli, l'article 489^{sexies} C. pén. vise expressément le curateur. Cet article a été introduit par la loi sur les faillites du 8 août 1997. En effet, il s'agit, aux yeux du législateur, d'une infraction grave car le curateur est investi d'une mission judiciaire qui suppose une confiance absolue en sa personne⁶⁵⁵.

L'article 489^{sexies} C. pén. prévoit qu'est « *puni d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans et d'une amende de cent francs à cinq cent mille francs, le curateur qui s'est rendu coupable de malversation dans sa gestion. Il est, en outre, condamné aux restitutions et dommages et intérêts dus à la masse des créanciers. Le coupable peut, de plus, être condamné à l'interdiction conformément à l'article 33* ».

343. Ainsi, la loi vise les malversations du curateur dans sa gestion de la faillite. Il s'agit d'une « *atteinte frauduleuse aux intérêts de la masse, une négligence intéressée et recouvre tous les agissements aux termes desquels le curateur aura disposé à son profit de tout ou partie de la masse* »⁶⁵⁶. Ainsi, l'article 489^{sexies} C. pén., vise à sanctionner le curateur dont le comportement n'est pas celui d'un curateur honnête, soucieux d'exercer son mandat judiciaire conformément à la loi⁶⁵⁷.

344. Par ailleurs, la Cour de cassation estime que l'infraction de malversations du curateur requiert l'existence d'un dol spécial, à savoir la poursuite d'un intérêt personnel ou la cupidité. Ainsi, une mauvaise gestion n'est pas constitutive de malversations⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ Loi du 8 juin 1867 portant le nouveau Code pénal, *M.B.*, 9 juin 1867.

⁶⁵⁵ Exposé des motifs, *Doc. parl.* Ch. Repr., sess. extraord., 1991-1992, n°631/1, p. 48.

⁶⁵⁶ M. A. BEERNAERT, H. D. BOSLY, M. L. CESONI, A. DELANNAY, M. DE RUE, C. DE VALKENEER, D. DILLENBOURG, D. FLORE, O. LEROUX, F. LUGENTZ, P. MAGNIEN, D. VANDERMEERSCH, *Les infractions*, vol. 1, 2e édition, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 233.

⁶⁵⁷ A. DE NAUW, F. KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, Liège, Wolters Kluwer, 2018, p. 849.

⁶⁵⁸ Cass., 10 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 778.

345. La jurisprudence a estimé qu'étaient constitutifs de malversations : le fait pour un curateur de mentir au sujet de la taxation de ses honoraires⁶⁵⁹, le prélèvement sans accord du juge-commissaire ou du tribunal des honoraires provisionnels⁶⁶⁰, le détournement des actifs dont il a la charge⁶⁶¹.

346. Le curateur est évidemment soumis aux autres dispositions du Code pénal telle que, par exemple, le faux en écriture et son usage⁶⁶².

⁶⁵⁹ Bruxelles, 17 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 644, cité par A. DE NAUW, F. KUTY, *op. cit.*, p. 850.

⁶⁶⁰ *Ibidem*.

⁶⁶¹ Cass., 9 décembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 426.

⁶⁶² Respectivement 197 et 213 C. pén.

Chapitre 2. La responsabilité de l'office des faillites

347. L'office des faillites (et l'administration spéciale lorsque la première assemblée des créanciers a décidé de lui confier l'administration de la faillite) est soumis à diverses responsabilités. La première est la responsabilité civile, qui se caractérise par la responsabilité du canton pour les fautes commises par ses organes (section 1). En second lieu, les membres de l'office des faillites – qui rappelons-le sont des fonctionnaires – sont soumis à une responsabilité disciplinaire (section 2). Par ailleurs, les membres de l'office peuvent faire l'objet de poursuites pénales (section 3).

Section 1. La responsabilité civile

§1. Notion

348. Le canton répond des actes illicites commis par le préposé ou les membres de l'office des faillites dans le cadre de l'exécution des tâches confiées, à leurs soins, par la LP ayant causé un dommage⁶⁶³.

349. Ainsi, il s'agit d'une responsabilité objective et patrimoniale du canton⁶⁶⁴ dont les conditions sont⁶⁶⁵ :

- « *un acte illicite* » : c'est-à-dire un acte contraire à la LP qui peut consister en une action ou omission⁶⁶⁶ ;
- « *commis par un fonctionnaire* » : l'acte illicite doit émaner d'un membre de l'office (ou d'un membre de l'administration privée) ;

⁶⁶³ Art. 5, al. 1 LP.

⁶⁶⁴ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, p. 43.

⁶⁶⁶ S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 16.

- « *dans le cadre de l'exécution des tâches confiées par la LP* » audit fonctionnaire : le fonctionnaire doit avoir agi dans le cadre de sa mission de représentant de la force publique ;
- « *ayant causé un dommage* » : l'étendue du dommage est fixée par l'article 41 du Code des obligations. Par ailleurs, il doit exister un lien de causalité entre le dommage et l'acte illicite commis par le fonctionnaire. Il peut s'agir d'un dommage purement moral⁶⁶⁷.

350. La personne lésée ne peut pas agir directement contre le fonctionnaire ayant commis l'acte illicite⁶⁶⁸. Dans ce cadre, la LP prévoit qu'une action récursoire intentée par le canton contre son fonctionnaire indélicat doit être prévue par la droit cantonal⁶⁶⁹.

§2. Mise en œuvre

351. La personne lésée doit faire tout ce qui est raisonnable d'attendre de lui afin de diminuer l'étendue de son dommage. Par conséquent, il devra, par exemple, avoir épuisé les voies de recouvres et de plaintes qui lui sont permises. Dans le cas contraire, il pourrait perdre son droit à agir en responsabilité contre le canton⁶⁷⁰.

352. Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre le canton est d'« *une année du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage, et, dans tous les cas, par dix ans du jour où le fait dommageable s'est produit* »⁶⁷¹. Il s'agit des délais usuels de prescription⁶⁷². Par ailleurs, les délais peuvent allonger si le droit pénal le prévoit⁶⁷³.

⁶⁶⁷ W.A. STOFFEL, I. CHABLOZ, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁶⁸ Art. 5, al. 2 LP.

⁶⁶⁹ Art. 5, al. 3 LP.

⁶⁷⁰ S. MARCHAND, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁷¹ Art. 6, al. 1 LP.

⁶⁷² Art. 60 CO.

⁶⁷³ Art. 6, al. 2 LP.

353. La mise en cause de la responsabilité du canton ne fait pas l'objet d'une plainte mais d'un recours civil devant les juridictions judiciaires selon le droit cantonal⁶⁷⁴.

354. Une faute commise par un des membres de l'office peut ensuite donner lieu à des sanctions disciplinaires voir, le cas échéant, à des poursuites pénales.

§3. La responsabilité de l'autorité de surveillance

355. L'article 7 LP dispose que, « *lorsqu'une action en dommage-intérêts est fondée sur l'acte illicite de l'autorité cantonale de surveillance supérieure ou du juge supérieur du concordat, le Tribunal fédéral est seul compétent* ».

Section 2. La responsabilité disciplinaire

356. L'article 14, al. 2 prévoit les mesures disciplinaires pouvant être prises par l'autorité de surveillance lorsqu'un fonctionnaire commet des fautes dans l'exercice de sa mission. A savoir :

- « 1. *La réprimande ;*
- 2. *l'amende jusqu'à 1000 francs ;*
- 3. *la suspension pour six mois ou plus ;*
- 4. *la destitution* ».

⁶⁷⁴ TF, 18 juillet 2012, 5A_312/2012 ; TF, 15 mars 2012, 5A_776/2011 ; ATF 118 III.

Section 3. La responsabilité pénale

357. Le préposé et les membres de l'office restent soumis au droit pénal. Ainsi, certaines infractions peuvent particulièrement être commise lors de l'exercice de leur fonction.

Ainsi, les articles 312 à 317, et 320 du Code pénal peuvent être requis contre les membres de l'office.

« Art. 312 - Abus d'autorité »

Les membres d'une autorité et les fonctionnaires qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, ou dans le dessein de nuire à autrui, auront abusé des pouvoirs de leur charge, seront punis d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »

« Art. 313 - Concussion »

Le fonctionnaire qui, dans un dessein de lucre, aura perçu des taxes, des émoluments ou des indemnités non dus ou excédant le tarif légal sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. »

« Art. 314 - Gestion déloyale des intérêts publics »

Les membres d'une autorité et les fonctionnaires qui, dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite, auront lésé dans un acte juridique les intérêts publics qu'ils avaient mission de défendre seront punis d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée. »

« Art. 317 - Faux dans les titres commis dans l'exercice de fonctions publiques »

1. Les fonctionnaires et les officiers publics qui auront intentionnellement créé un titre faux, falsifié un titre, ou abusé de la signature ou de la marque à la main réelles d'autrui pour fabriquer un titre supposé,

les fonctionnaires et les officiers publics qui auront intentionnellement constaté fausseté dans un titre un fait ayant une portée juridique, notamment en certifiant fausseté l'authenticité d'une signature ou d'une marque à la main ou l'exactitude d'une copie, seront punis d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

2. La peine sera l'amende si le délinquant a agi par négligence.

² Celui qui, autorisé à entreprendre une investigation secrète ou chargé par l'autorité compétente en vertu des art. 17 ou 18 LRens, fabrique ou modifie des titres pour constituer ou assurer des couvertures ou des identités d'emprunt n'est pas punissable en vertu des art. 251, 252, 255 et 317.

³ Celui qui fabrique, modifie ou utilise des titres en exécution de la loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la protection extraprocédurale des témoins n'est pas punissable en vertu des art. 251, 252, 255 et 317. »

« Art. 320 - Violation du secret de fonction

1. Celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

La révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin.

2. La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure. »

358. La presse vaudoise a fait écho récemment des poursuites devant être engagées contre un préposé de l'office des poursuites (soumis aux mêmes règles que le préposé aux faillites). Le fonctionnaire est accusé d'avoir commis un abus d'autorité (art. 312 CP) en s'introduisant par la fenêtre d'une habitation afin d'y effectuer le relevé des biens pouvant être saisis. Le procureur avait décidé de classer l'affaire sans suite mais, selon le journal vaudois 24heures, le tribunal

cantonal a désavoué cette décision et invite le ministère public a renvoyer l'affaire devant la juridiction pénale compétente⁶⁷⁵.

⁶⁷⁵ <https://www.24heures.ch/vaud-regions/propose-poursuites-cru-droits/story/15972335>

Chapitre 3. Conclusion intermédiaire : analyse comparative

Section 1. Titulaire d'une profession libérale vs. Fonctionnaire

359. Le fait que le curateur soit titulaire d'une profession libérale influence le régime de la responsabilité de celui-ci. En effet, il est responsable personnellement des fautes qu'il commet lors de l'administration de la faillite. Il s'agit d'une responsabilité extracontractuelle. A l'inverse, en Suisse, les membres composant l'office des faillites sont des fonctionnaires. Par conséquent, le régime de responsabilité est différent du régime belge. En effet, une faute (c'est-à-dire un acte illicite dans le sens de contraire à la LP) commise par un fonctionnaire engage la responsabilité objective et patrimoniale du canton.

360. La responsabilité du curateur ne peut être mise en œuvre qu'au moment de la clôture de la faillite. Le juge effectue une appréciation marginale. En effet, le curateur est responsable de l'administration de la faillite – il est un professionnel – le juge doit constater qu'il existe une décision manifestement déraisonnable pour mettre en cause la responsabilité du curateur. Le critère d'appréciation est celui du curateur normalement prudent et attentif placé dans les mêmes conditions. Il s'agit donc d'une appréciation *in concreto*. En droit suisse, le lésé n'introduit pas une plainte auprès de l'autorité de surveillance afin d'obtenir réparation. Il lui est nécessaire d'introduire un recours civil. Pour se faire, il dispose d'« *une année du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage, et, dans tous les cas, par dix ans du jour où le fait dommageable s'est produit* ». ⁶⁷⁶ Le lésé ne peut agir directement contre le fonctionnaire fautif.

⁶⁷⁶ Art. 6, al. 1 LP.

Section 2. Une responsabilité pénale sensiblement similaire

361. Au niveau de la responsabilité pénale, la législation belge érige en infraction spécifique en cas de malversation du curateur (art. 489*sexies* C. pén.). Le curateur reste aussi soumis aux autres dispositions du Code pénal. Le droit suisse quant à lui, n'a pas prévu d'infractions spécifiques applicables aux membres de l'office des faillites. Ceux-ci peuvent se voir reprocher les infractions prévues par le Code pénal pour les fonctionnaires.

Conclusion

362. Les droits belges et suisses possèdent une philosophie différente quant aux acteurs de la procédure de faillite. Le droit belge « utilise » une personne issue du secteur privé pour administrer et liquider une procédure de faillite. A l'inverse, le droit suisse confie à l'Etat la gestion de ladite procédure.

363. Le législateur belge a fait le choix d'instituer, un titulaire de profession libérale (avocat) comme curateur. Ce dernier doit demander son inscription sur la liste des curateurs auprès du tribunal de l'entreprise. Il n'existe pas de limite maximale au nombre de curateurs inscrits sur la liste. Le tribunal peut refuser l'inscription d'une personne sur la liste ou d'omettre un curateur inscrit par le passé. Le droit suisse a choisi de fonctionnariser ce rôle. Par conséquent, il institue un office des faillites. Cet office est composé d'un préposé et de fonctionnaires. L'office est institué par arrondissement de faillite et sa composition est fixée par le droit cantonal. Par ailleurs, l'office peut être remplacé par les créanciers. Ces derniers peuvent décider de confier la faillite à une administration privée si des compétences particulières sont requises.

364. Une différence notable se situe au niveau de la rémunération de ces deux protagonistes. La rémunération du curateur (ainsi que les frais qu'il a exposés) sont calculés en proportion de l'actif de la faillite. Pour les faillites sans actif, le législateur a prévu l'attribution d'une indemnité minimale. Par conséquent, la rémunération du curateur va dépendre de l'importance de l'actif présent au sein de chaque faillite. Le préposé et les autres membres de l'office, quant à eux, sont rémunérés selon les barèmes fixés pour la rémunération des fonctionnaires du canton. Par ailleurs, le droit suisse fixe les émoluments devant être perçu par l'office pour le compte de l'état.

365. Par ailleurs, l'office doit effectuer des relevés statistiques quant aux faillites. On retrouve aussi ces obligations au niveau de l'autorité de surveillance cantonale au profit de l'autorité de surveillance fédérale. Cette obligation n'incombe pas aux curateurs.

366. Les deux acteurs sont soumis aux mêmes obligations quant aux conflits d'intérêts.

367. De même, la surveillance judiciaire sur le curateur et l'office s'exerce de manière différente entre les deux ordres juridiques. En Belgique, le tribunal nomme parmi ses membres – président excepté – un juge-commissaire. Celui-ci est chargé de surveiller les opérations effectuées par le curateur et, lorsque la loi le prévoit, marquer son accord à l'accomplissement de certaines opérations par le curateur. Le juge-commissaire ne peut cependant s'immiscer dans la gestion de la faillite par le curateur. A l'inverse, le droit suisse prévoit un contrôle judiciaire *a posteriori* des actes de l'office par le biais d'une procédure de plainte. Cette procédure est ouverte lorsqu'une personne estime que l'office a pris une décision qui viole la loi (c'est-à-dire la LP), est inopportune, lorsque l'office n'a pas rendu de décision ou que celle-ci est tardive. A la suite d'une plainte, l'autorité de surveillance peut annuler la décision litigieuse et prendre elle-même une nouvelle décision.

368. Les procédures d'administration et de liquidation entre les deux ordres juridiques sont quasiment identiques. Les différentes étapes de la procédure sont identiques entre le droit belge et le droit suisse. On peut noter l'existence d'une procédure de cession de droit de la masse en droit suisse qui n'existe pas en droit belge. Par ailleurs, le droit suisse ne prévoit pas de clôture pour insuffisance d'actif (telle que prévue par le droit belge), mais bien une suspension de la procédure en cas d'insuffisance d'actif. Cependant, on peut relever une plus grande implication des créanciers dans la procédure de faillite suisse. En effet, lors de l'application de la procédure ordinaire, les deux assemblées des créanciers et - lorsqu'elle a été instituée par l'assemblée – la commission de surveillance disposent de pouvoirs importants (tel que par exemple la décision de poursuivre les activités, l'approbation des comptes, la contestation des créances admises, l'autorisation d'effectuer des répartitions provisoires, etc.). En droit belge, les créanciers doivent être informés par le curateur des diverses opérations qu'il effectue. Par ailleurs, ils disposent du droit de demander au tribunal la nomination d'un curateur *ad hoc* lorsque le curateur « principal » souhaite effectuer une opération qui porterait préjudice à leurs droits. Il est important de préciser que cette implication des créanciers en droit suisse, n'a lieu qu'en cas d'application de la procédure de liquidation ordinaire. En cas de liquidation sommaire, aucune assemblée des créanciers n'est instituée. Dans ce cas, l'office des faillites prend les décisions seul.

369. Une différence quant au régime de responsabilité civile est aussi à relever. En effet, le curateur est responsable personnellement des fautes qu'il commet lors de l'accomplissement de sa mission. Les membres de l'office, quant à eux, n'engagent pas leur responsabilité personnelle. S'ils commettent une faute, les membres de l'office peuvent engager la responsabilité patrimoniale et objective du canton. Par ailleurs, la responsabilité du curateur ne peut être engagée qu'au moment de la clôture de la faillite. Le juge saisi, afin d'apprécier si le curateur a commis une faute, effectue un contrôle marginal. En Suisse, le juge doit établir que l'office des faillites a commis un acte contraire à la LP.

Bibliographie

Droit belge

- BEERNAERT M. A., BOSLY H. D., CESONI M. L., DELANNAY A., DE RUE M., DE VALKENEER C., DILLENBOURG D., FLORE D., LEROUX O., LUGENTZ F., MAGNIEN P., VANDERMEERSCH D., *Les infractions*, vol. 1, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2016.
- DE NAUW A., KUTY F., *Manuel de droit pénal spécial*, Liège, Wolters Kluwer, 2018,
- GEORGE Fl., *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, 2018.
- GREGOIRE M., *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- LEBEAU J-P., « *Les praticiens de l'insolvabilité* », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/3, pp. 224 – 226.
- LEBEAU J-P., « *La rémunération et les frais du curateur après l'entrée en vigueur du livre XX du Code de droit économique* », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/6, pp. 515 – 526.
- LEMAL M., « la faillite » in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, 2^e édition, Liège, Wolters Kluwer, 2014.
- THIRION N., DELVAUX T., FAYT A., GOL D., PASTEGGER D., SIMONIS M., *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013.
- SANTELLA P., « Le droit des faillites d'un point de vue historique », in *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- VEROUGSTRAETE I., *Manuel de l'insolvabilité des entreprises*, Liège, Wolter Kluwer, 2019.
- ZENNER A., *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019.

Droit suisse

- AMONN K., WALTHER F., *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9^e édition, Stämpfli Editions, Berne, 2013.
- BALLENGGER C., *Le droit vaudois des poursuites*, Lausanne, Bibliothèque Historique Vaudoise, 2013.

DUNAND J-P et PICHONNAZ P., *Lexique de droit romain*, Genève – Zürich – Bâle, Schulthess, 2006, p. 20.

GILLIERON P-R., *Poursuites pour dettes, faillites et concordat*, 5^e édition, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012.

JEANDIN N., PEYROT A., *Précis de procédure civile*, Genève – Zürich - Bâle, Schulthess, 2015.

MARCHAND S., *Précis de droit des poursuites*, 2^e édition, Zürich, Schultess, 2013.

MONTAVON P., *Abrégé de droit des poursuites, de la faillite et des concordats*, Lausanne, Editions Juridiques AMC, 2004.

STOFFEL W.A., CHABLOZ I., *Voies d'exécution*, 3^e édition, Bern, Stämpfli, 2016.

Annexes

- 1.** Entretien écrit avec Maître Y. BISINELLA.
- 2.** Ordonnance sur les émoluments perçus en application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (OELP) du 23 septembre 1996.