

Table des matières

1

La loi sur les sûretés financières et la compensation 7

Michèle GRÉGOIRE

doyenne de la Faculté de droit de l'U.L.B., avocate

Vanessa DE FRANQUEN

collaboratrice scientifique à l'U.L.B., avocate

SECTION 1

Régime de la compensation dans le cadre de la loi sur les sûretés financières	8
A. <i>La notion de netting revisitée</i>	8
B. <i>Les conditions d'opposabilité aux tiers</i>	9
C. <i>Que visent les termes de l'article 14 « Nonobstant toute cession des droits sur lesquels [les conventions de netting] portent » ?</i>	11

SECTION 2

Les clauses conventionnelles de <i>netting</i> confrontées aux dispositions protectrices des droits des consommateurs	16
Conclusion	22

2

La protection des sûretés personnelles dites faibles - Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit 23

Christine BIQUET-MATHIEU

professeur ordinaire à l'U.Lg.

avec la collaboration de Sandra NOTARNICOLA

assistante à l'U.Lg., avocate

1. Introduction	24
-----------------------	----

CHAPITRE 1

Les sûretés consenties en garantie de la dette d'autrui	24
2. Rappel de quelques principes.....	24

Section 1	
<i>Le cautionnement</i>	25
3. Caractère accessoire et opposabilité des exceptions.	25
4. Trois bénéfiques auxquels il est le plus souvent renoncé	26
5. Bénéfice de discussion	26
6. Bénéfice de division	26
7. Bénéfice dit de subrogation	27
Section 2	
<i>La solidarité sûreté</i>	28
8. Le codébiteur solidaire garant	28
9. Confusion autour du rôle assumé par le codébiteur solidaire	28
10. Solidarité et ouverture de crédit cadre	29
11. Nécessité d'identifier le rôle assumé par le codébiteur	30
12. L'engagement du codébiteur solidaire garant demeure régi par les règles de la solidarité	31
Section 3	
<i>La garantie autonome</i>	33
13. Garantie autonome <i>versus</i> cautionnement	33
Section 4	
<i>La sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'autrui</i>	34
14. Le mal nommé « cautionnement réel » n'est pas un cautionnement	34
15. Opposabilité des exceptions	34
16. Recours après paiement	35
17. Selon la Cour de cassation, application par analogie des règles du cautionnement dans la mesure où elles sont compatibles avec la nature du « cautionnement réel »	36
Section 5	
<i>La théorie des clauses abusives</i>	37
18. Le contexte	37
19. La théorie des clauses abusives est également applicable au contrat de sûreté	37
20. À condition qu'il soit conclu entre un consommateur et un professionnel	39
21. Notion de clause abusive	40
22. Illustrations	40
CHAPITRE 2	
Les dispositions spécifiques au cautionnement à titre gratuit insérées dans le Code civil	42
23. La loi du 3 juin 2007 relative au cautionnement à titre gratuit	42

Section 1	
<i>Champ d'application</i>	43
24. Contrats conclus après le 1 ^{er} décembre 2007	43
25. Cautionnement à titre gratuit.....	43
26. <i>Quid</i> des sûretés personnelles consenties sous une autre forme que le cautionnement ?	44
27. « Cautionnement » d'origine conventionnelle et non d'origine légale	44
28. <i>Quid</i> des tiers garants réels ?	45
29. Notion de gratuité	46
30. Cautionnement à titre gratuit émanant d'une personne physique	51
31. Cautionnement consenti à un vendeur au sens de l'article 1 ^{er} L.P.C.....	51
32. Peu importe la qualité du débiteur principal et la nature de la créance garantie dans son chef	52
Section 2	
<i>Conclusion</i>	52
33. Des conditions de validité supplémentaires.....	52
34. L'absence de disproportion manifeste érigée en condition de validité	53
35. Un écrit distinct de celui qui constate l'obligation garantie	54
36. Mentions obligatoires, spécialement une mention manuscrite	55
Section 3	
<i>Objet</i>	57
37. Interdiction du cautionnement visant à garantir toutes dettes présentes et futures ?	57
38. Un cautionnement qui doit être contractuellement limité quant à son montant.....	59
39. Le montant maximum indiqué dans la mention manuscrite couvre aussi les intérêts (éventuellement) dus par le débiteur garanti	59
40. Lorsque l'obligation garantie est « déterminée », le montant du capital garanti ne peut pas être majoré de plus de 50 % en vue de la couverture des intérêts dus par le débiteur garanti.....	61
41. Les intérêts moratoires dus par la caution à raison de sa propre défaillance .	62
42. Lorsque l'obligation garantie est « déterminée », est-il permis de réclamer à la caution d'autres accessoires (que les intérêts) dus par le débiteur principal ?	62
Section 4	
<i>Durée</i>	63
43. La durée du cautionnement	63
44. Lorsque l'obligation principale est à durée indéterminée, la durée du cautionnement est légalement limitée à cinq ans.....	63

45. Du fait de la limitation à cinq ans de son engagement, la caution qui garantit un contrat à durée indéterminée ne dispose plus de la faculté de résiliation unilatérale inhérente aux contrats à durée indéterminée	64
46. Signification de la durée maximale de cinq ans assignée au cautionnement d'un contrat à durée indéterminée ?	65
47. Même lorsqu'il garantit un contrat à durée déterminée, le cautionnement doit être contractuellement limité dans le temps.	66
48. Signification de la durée conventionnellement assignée au cautionnement d'un contrat à durée déterminée ?	66
Section 5	
<i>Information en cours de contrat</i>	68
49. Information en cas d'exécution régulière du débiteur principal.	68
50. Information en cas d'inexécution du débiteur principal.	68
Section 6	
<i>Protection des héritiers</i>	69
51. Deux mécanismes de protection	69
52. Une division impérative de la dette de cautionnement entre les héritiers.	70
53. Limitation de la dette de cautionnement à ce qui a été recueilli dans la succession	70
54. Cautionnement d'une ouverture de crédit <i>revolving</i>	71
CHAPITRE 3	
La protection des sûretés personnelles en matière de crédit à la consommation	
55. Des dispositions spécifiques en matière de crédit à la consommation	72
Section 1	
<i>Champ d'application</i>	72
56. Sûretés personnelles et pas uniquement cautions.	72
57. <i>Quid</i> des tiers garants réels ?	73
58. Sûreté personnelle ayant la qualité de consommateur	73
59. Sûreté personnelle consentie en garantie d'un crédit régi par la loi sur le crédit à la consommation	74
Section 2	
<i>Aperçu des protections spécifiques</i>	75
60. Obligation pour le prêteur de s'enquérir de la solvabilité de la sûreté personnelle pressentie	75

61. Nécessité d'une demande expresse et préalable de la sûreté personnelle si le document destiné à constater son engagement lui est transmis à son domicile pour signature ?	75
62. Remise préalable d'un exemplaire du contrat de crédit garanti.	77
63. Prohibition des sûretés personnelles visant à garantir toutes dettes présentes et futures	78
64. Le montant garanti et les éléments de la créance garantie	78
65. Lorsqu'elle garantit un contrat de crédit à durée indéterminée, la sûreté personnelle ne peut s'engager que pour une durée de cinq ans maximum	79
66. Information préalable au sujet de toute modification apportée au contrat de crédit initial.	80
67. Information au sujet des facilités de paiement accordées	80
68. Information au sujet des retards de paiement	81
69. Nécessité d'un retard de paiement avéré dans le chef du débiteur avant de pouvoir agir contre la sûreté personnelle	81
CHAPITRE 4	
Le sort des tiers garants en cas de faillite ou de règlement collectif de dettes du débiteur garanti	83
70. Une certaine harmonisation du sort des sûretés personnelles en cas de faillite et de règlement collectif de dettes du débiteur garanti	83
Section 1	
<i>Principe – Absence d'extension de la « décharge » aux tiers garants</i>	83
71. Dissociation du sort des sûretés personnelles de celui du failli ou du médié	83
72. Dissociation du sort des tiers garants réels de celui du failli ou du médié	84
Section 2	
<i>Sauf pour le conjoint personnellement obligé à la dette du failli</i>	85
73. Extension automatique de l'excusabilité au conjoint personnellement obligé à la dette de son époux	85
74. Une mesure qui n'a pas pour objectif de protéger le conjoint mais uniquement le failli déclaré excusable	86
75. Une mesure disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi	87
76. Cumul des possibilités de décharge pour le conjoint qui s'est engagé comme sûreté personnelle à titre gratuit du failli	87
Section 3	
<i>Sauf en cas de règlement collectif de dettes débouchant sur un plan amiable</i> ..	88
77. Les remises accordées au médié dans le cadre d'un plan amiable profitent également aux tiers garants	88
78. Des remises sous condition	89

79. Contrairement aux remises, le rééchelonnement ne profite pas aux tiers garants.....	89
80. Une extension critiquable de l'article 1287 du Code civil.....	90
Section 4	
<i>Une possibilité de décharge autonome pour les sûretés personnelles à titre gratuit</i>	90
81. Une possibilité de décharge autonome	90
82. En cas de faillite ou règlement collectif de dettes, même virtuel, du débiteur garanti.....	91
83. Au profit des sûretés personnelles à titre gratuit.....	92
84. Sûretés personnelles et pas uniquement cautions.....	92
85. Sûretés personnelles d'origine conventionnelle et non d'origine légale	92
86. <i>Quid</i> des tiers garants réels ?	92
87. Notion de gratuité	94
88. Peu importe la nature de la créance garantie dans le chef du débiteur garanti.....	95
89. Peu importe la qualité du créancier	95
90. Décharge uniquement dans la mesure où l'engagement de la sûreté personnelle apparaît disproportionné	95
91. Une possibilité de décharge superfétatoire	96
Section 5	
<i>Suspension des voies d'exécution</i>	97
92. Une suspension des voies d'exécution à géométrie variable	97
93. En cas de faillite, une suspension liée au jugement déclaratif de faillite.....	97
94. En cas de règlement collectif de dettes, une première mesure de suspension liée à la décision d'admissibilité mais très limitée dans le temps	98
95. En cas de règlement collectif de dettes, une seconde mesure de suspension liée à la déclaration ou à la demande de la sûreté personnelle à titre gratuit.....	99
Conclusion	
96. S'il était permis de rêver... ..	99

3

La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites	101
Pierre CAVENAILE <i>avocat</i>	
Thierry CAVENAILE <i>avocat</i>	
Avant-propos	102
SECTION 1	
L'excusabilité	102
A. <i>Préambule</i>	102
B. <i>L'excusabilité, rappel historique</i>	102
C. <i>Évolution de la notion d'excusabilité de la loi du 8 août 1997 à la loi du 27 juillet 2005</i>	105
1. <i>À l'origine</i>	105
2. <i>L'excusabilité revue et corrigée par la Cour d'arbitrage</i>	108
D. <i>L'excusabilité posthume</i>	111
E. <i>Des effets de l'excusabilité</i>	112
F. <i>La procédure</i>	115
G. <i>La demande d'excusabilité et les faillites clôturées avant le 1^{er} janvier 1998</i> ..	118
SECTION 2	
Le sort du conjoint du failli après excusabilité	120
A. <i>Situation du conjoint du failli dans le cadre de la loi du 8 août 1997 sur les faillites</i>	120
B. <i>Le sort du conjoint du failli dans le cadre de la loi de réparation du 4 septembre 2002</i>	121
C. <i>Le sort du conjoint du failli après l'entrée en vigueur de la seconde loi de réparation du 2 février 2005</i>	123
SECTION 3	
Le sort de la sûreté personnelle à titre gratuit après faillite du débiteur principal. Aspects procéduraux	126
A. <i>Origine de la décharge : de la loi du 8 août 1997 à la loi du 20 juillet 2005</i>	126
B. <i>La procédure de décharge sous l'empire de la loi du 20 juillet 2005</i>	131
SECTION 4	
La sacralisation du domicile de l'indépendant	144

A. <i>Protection du domicile de l'indépendant (articles 72 à 83 de la loi du 25 avril 2007)</i>	144
B. <i>Biens visés par la loi du 25 avril 2007</i>	145
C. <i>Conditions pour prétendre à l'insaisissabilité</i>	145
Conclusion générale	149

4

Évolutions récentes en droit de l'insolvabilité..... 151

Alain ZENNER

avocat

Cédric ALTER

assistant à l'U.L.B.,

avocat

Introduction	152
--------------------	-----

SECTION 1

Responsabilité aggravée des dirigeants de sociétés pour certaines dettes sociales et fiscales	153
A. <i>Précompte professionnel et T.V.A.</i>	154
B. <i>O.N.S.S.</i>	156

SECTION 2

Curateurs et contrats en cours	158
A. <i>Le droit antérieur</i>	158
B. <i>L'article 46 de la loi du 8 août 1997</i>	159
C. <i>L'arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2004</i>	161
D. <i>La doctrine et la jurisprudence postérieures à l'arrêt du 24 juin 2004</i>	166
E. <i>La modification de l'article 46 L.F. par la loi du 15 juillet 2005</i>	172
F. <i>Conclusion</i>	174

SECTION 3

Dettes de la masse	176
A. <i>L'abstention fautive du curateur</i>	176
B. <i>L'acte positif constituant une faute quasi délictuelle du curateur</i>	177
C. <i>Conclusion</i>	178

SECTION 4

Responsabilité des mandataires de justice	179
A. <i>Les règles gouvernant la responsabilité civile des mandataires de justice</i>	179
1. <i>Articles 1382 et s. – Rappel des principes</i>	179

2.	Exercice et extinction de l'action civile	181
a)	Mise en cause de la responsabilité	181
b)	Patrimoine responsable : débiteur et/ou mandataire de justice ?	181
c)	Conjugaison verticale de responsabilité – responsabilité de l'État	181
d)	Collège de mandataires de justices – responsabilité solidaire ?	183
e)	Décharge	184
f)	Prescription	185
g)	Tribunal compétent	185
B.	Le contrôle des mandataires de justice	186
1.	En matière de faillites	186
a)	Vue générale	186
b)	Actes soumis à autorisation	187
c)	Remplacement, omission	188
2.	En matière de concordat	189
SECTION 5		
	Mécanismes conventionnels permettant d'échapper au concours	189
A.	Évolution générale – principe d'égalité	189
B.	Cantonement amiable et affectation de compte	195
1.	Introduction	195
2.	L'apport de l'arrêt de la Cour de cassation du 2 février 2007	197
3.	La jurisprudence postérieure à l'arrêt du 2 février 2007	199
SECTION 6		
	Du concordat à la continuité des entreprises	203
A.	L'échec (relatif) du concordat et la confection de l'avant-projet de loi relative à la continuité des entreprises	203
B.	Exposé synthétique du nouveau régime en projet	206
C.	Protection renforcée des droits des créanciers	207
D.	Amendements souhaitables	209
1.	La notion de concours	209
2.	Les contrats en cours	211
3.	Les désignations de mandataires de justice	212
5		
La loi du 2 juin 2006 modifiant le Code des sociétés en vue d'améliorer la procédure de liquidation ou la liquidation placée sous surveillance		
Philippe JEHASSE <i>avocat, collaborateur scientifique à l'U.Lg.</i>		
	Brève introduction historique	216

Vue d'ensemble de la loi	221
SECTION 1	
Le mode de désignation du liquidateur	222
A. <i>Le régime antérieur</i>	222
1. Le liquidateur désigné statutairement	222
2. Le liquidateur désigné par l'assemblée générale	223
3. Le liquidateur désigné par le tribunal de commerce	223
4. Le liquidateur de plein droit	224
B. <i>Le nouveau régime</i>	225
1. Présentation sommaire	225
2. Champ d'application de la nouvelle disposition	225
3. Précisions	226
4. Questions particulières de procédure	228
a) <i>Que faut-il entendre par organe compétent de la société ?</i>	228
b) <i>Qu'entend-on par état comptable de l'actif et du passif ?</i>	230
c) <i>Délai endéans lequel le tribunal de commerce doit statuer</i>	231
d) <i>Le liquidateur dont la nomination n'est pas confirmée par le tribunal de commerce dispose-t-il d'une voie de recours ?</i>	232
5. Sort des actes accomplis par le liquidateur entre le moment de sa désignation par l'assemblée générale et la confirmation ou le rejet de cette désignation par le tribunal de commerce territorialement compétent	233
SECTION 2	
La personne du liquidateur	234
A. <i>Le régime antérieur</i>	234
B. <i>Le nouveau régime</i>	235
1. Les personnes automatiquement exclues de la fonction de liquidateur ...	236
2. Les personnes dont la nomination en tant que liquidateur doit être homologuée par le tribunal de commerce	237
3. Les garanties de probité	238
SECTION 3	
L'information du tribunal de commerce et des créanciers	240
A. <i>Le régime antérieur</i>	240
B. <i>Le nouveau régime</i>	242
1. Le dossier de la liquidation	242
2. Les états détaillés de la liquidation	243
SECTION 4	
La clôture de la liquidation	245

A. <i>Le régime antérieur</i>	245
B. <i>Le nouveau régime</i>	246
1. Présentation sommaire	246
2. Quand le tribunal de commerce doit-il être saisi ?	246
3. Quelle est la portée du contrôle juridictionnel ?	247
4. Quelle est la sanction du non-respect de cette formalité ?	247
5. Qu'en est-il de la dissolution et de la clôture de la liquidation en un seul acte ?	248
6. Répartitions provisionnelles	249
SECTION 5	
Le droit transitoire	249
A. <i>Présentation</i>	249
B. <i>Précisions</i>	250
C. <i>Éléments de procédure</i>	252
SECTION 6	
La nature du mandat du liquidateur	253
 Conclusion	257

