

UCL

Université
catholique
de Louvain

Faculté de droit et de criminologie (DRT)

L'effacement des dettes du failli

Les impacts de la réforme de la notion d'excusabilité

Mémoire réalisé par
JUSTIN BOGAERT

Promoteur
WERNER DERIJCKE

Année académique 2017-2018
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

« *On ne meurt pas de ses dettes. On meurt de ne plus pouvoir en
faire* »

Louis Ferdinand Céline, *Mort à crédit*

La réalisation de ce mémoire a été possible grâce à la collaboration de nombreuses personnes à qui je souhaiterais témoigner ma sincère gratitude.

Je voudrais premièrement remercier Monsieur Werner Derijcke, promoteur de ce mémoire, pour ses conseils avisés et pour son soutien dans l'orientation que j'ai choisie de donner à ce projet.

Je tiens ensuite à remercier Monsieur le président honoraire de la Cour de cassation Ivan Verougstraete, Monsieur Stéphane Dantine ainsi que Monsieur Mehdi Koocheke pour les interviews qu'ils m'ont accordées. Leurs explications, conseils et réflexions m'ont été plus que précieux et je leur suis reconnaissant du temps qu'ils m'ont accordé. Ayant réinterprété le contenu des ces interviews, j'ai volontairement omis de les citer directement afin de ne pas déformer l'exactitude et la nuance des propos tenus durant les entretiens.

Aussi, je remercie Monsieur Peter Bernaerts, Madame Lise Mels et Madame Lilas Rigaux pour les informations, la documentation et les synthèses de la matière de l'insolvabilité qu'ils m'ont fournies.

Enfin, je tiens à remercier mon entourage et plus particulièrement mes parents et Laurane Heinnaux pour leurs conseils, relectures ainsi que pour leur indéfectible soutien tant dans la réalisation de ce mémoire que tout au long de ces cinq années d'étude.

Tables des matières

Introduction	1
Partie I : Contexte et présentation de la réforme	3
Chapitre 1 : Le sort du failli à travers le temps	3
Section 1 : « Petite histoire d’une grande idée »	3
§1 : Les origines de la clémence	3
§2 : Une deuxième chance pour l’excusabilité.....	4
Section 2 : L’excusabilité, une matière controversée et changeante.....	5
§1 : Une tentative de réparation	6
§2 : 2005, le législateur revient sur ses pas	7
Chapitre 2 : L’introduction du livre XX du Code de droit économique	9
Section 1 : Contexte du livre XX CDE	9
§1 : Généralités.....	9
§2 : Les influences étrangères et européennes	9
Section 2 : Objectifs particuliers concernant l’insolvabilité	11
§1 : Unification des procédures et rationalisation.....	11
§2 : Pousser la seconde chance encore plus loin.....	11
Chapitre 3 : Les réformes apportées par le Livre XX du Code de droit économique	13
Section 1 : Réformes dans les procédures d’insolvabilité.....	13
§1: Cohérence et unification des procédures.....	13
§2 : Digitalisation - RegSol.....	13
Section 2 : La fin de l’excusabilité pour le système de l’effacement des dettes	15
§1 : Notion et principe de l’effacement.....	15
§2 : Les conditions de l’effacement	16
§3 : Les effets de l’effacement	18
§4 : Un octroi partiel en lieu et place d’un tout ou rien.....	18
Section 3 : Autres réformes favorisant la seconde chance	19
§1 : L’effacement anticipé.....	20
§2 : Resserrement de la consistance de la masse	20
Section 4 : La transition vers le livre XX.....	22
§1 : Une transition directe	22
§2 : Aménagements du principe.....	23

Partie II : Impacts, conséquences et réflexions de la réforme	25
Chapitre 1 : Droit à la faillite, motifs et conséquences	25
Section 1 : Un droit automatique.....	25
§1 : L'automaticité de l'effacement	25
§2 : Des premières réticences	26
Section 2 : Faillite et moralité	27
§1 : La faillite synonyme d'échec	27
§2 : Vers une déculpabilisation	27
§3 : La moralisation de la faillite dans le livre XX CDE - la requête d'effacement	28
Section 3 : Les limites du droit à la faillite.....	29
§1 : Un automatisme total inapproprié	29
§2 : L'effacement au service du futur	31
Section 4 : Autres conséquences d'un droit à la faillite	33
§1 : Un droit et une simplification pour faire baisser les fraudes	33
§2 : Risque d'ébranlement du crédit.....	34
Section 5 : Un droit à la faillite, et après ?	34
Chapitre 2 : Equilibre entre la seconde chance et les droits du créanciers	37
Section 1 : La protection des créanciers mise à mal ?.....	37
§1 : Un choix posé, assumé et justifié.....	37
§2 : Le rôle de la faillite	38
Section 2 : De quelques créanciers les plus fréquents.....	38
§1 : Les travailleurs de l'entreprise	38
§2 : Un créancier de taille : les banques.....	40
Section 3 : Solutions ou compensation à ce changement d'équilibre	41
§1 : Réintroduction de la responsabilité des dirigeants.....	41
§2 : La continuité comme solution préventive à la mise à mal des droits des créanciers ?	42
§3 : La <i>reaffirmation</i> des dettes.....	42
§4 : Un équilibre resté stable.....	43
Chapitre 3 : La continuité des entreprises pour le meilleur et pour le pire	45
Section 1 : Contexte et enjeux.....	45
§1 : La loi sur la continuité des entreprises de 2009	45
§2 : Le livre XX CDE	47
Section 2 : La continuité pour le meilleur et pour le pire.....	48

§1 : L'efficacité via un bon timing	48
§2 : Facilité de la faillite au détriment de la continuité	48
§3 : La continuité plus néfaste que salvatrice ?	49
Chapitre 4 : Les sûretés	53
Section 1 : Les sûretés en péril ?	53
§1 : Inquiétudes sur la survie des sûretés à l'effacement	53
§2 : Les sacrosaintes sûretés réelles	54
Section 2 : Les sûretés personnelles	54
§1 : Une situation claire ?	54
§2 : Les sûretés personnelles à titre gratuit	55
Section 3 : Le conjoint du failli	57
Chapitre 5 : Quelques comparaisons	60
Section 1 : Les risques en personne physique et en société à responsabilité limitée	60
§1 : La faute grave et caractérisée de l'action en comblement de passif	60
§2 : Une séparation des patrimoines ineffective	60
Section 2 : Le failli vs ses cautions personnelles	61
Conclusion	62
Bibliographie	64

Introduction

L'équilibre entre les droits des créanciers et la clémence qui est témoignée à un failli n'est pas une tâche aisée à mettre en œuvre. Tant le législateur que les cours et tribunaux se sont déjà heurtés à la difficulté de l'exercice.

Du point de vue des personnes physiques, il est aisément conclu à la dureté d'un système qui permet à vos créanciers de vous poursuivre *ad vitam aeternam*. Cette vision de la faillite rend extrêmement ardu un retour à une meilleure fortune du débiteur et s'avère tout aussi inefficace pour l'économie. Toutefois, de l'autre côté de la barrière, est-il juste qu'une personne physique ou morale, commerçante ou non, doive supporter les malheurs du failli. Un créancier risquerait de sombrer lui-même dans des difficultés financières suite au non-paiement de sa créance et la menace d'un phénomène de faillites en cascade se profilerait.

Ce mémoire se penche sur les changements récemment apportés par le législateur à la matière de l'insolvabilité via l'introduction du livre XX du Code de droit économique. Plus précisément, c'est sur le droit de la faillite et surtout sur le système d'effacement des dettes qui vient remplacer celui de l'excusabilité que nous concentrons notre attention. Par cette réforme, les rédacteurs du livre XX ont décidé de renforcer leur prise de position sur l'attitude à adopter entre une rigidité du système de faillite et une consécration d'un système de la seconde chance.

Le projet se subdivise en deux parties majeures :

Partie I. Nous commençons par une approche plus classique via une reprise historique de la matière pour mettre en contexte notre sujet. Une présentation de l'introduction du livre XX enchaîne avant de clôturer cette première partie par de plus amples développements sur les réformes entreprises avec une attention particulière sur le système d'effacement des dettes.

Partie II. Sans doute ne fallait-il pas se limiter à une comparaison avec l'ancien régime de l'excusabilité : ressasser le passé ne serait pas pertinent mais tenter d'anticiper les conséquences de la réforme semble l'être. C'est pourquoi nous avons plutôt choisi d'examiner comment la notion d'effacement des dettes pourrait avoir des conséquences sur les différentes matières de l'insolvabilité et les différents acteurs concernés par la faillite.

La question d'un droit à la faillite vient occuper la première ligne de cette seconde partie. Découlant de l'existence de ce droit, s'ensuivent des réflexions sur son automatisme et les limites qui doivent éventuellement s'y attacher. La moralisation qui entoure la notion de

faillite détient une place importante dans ces premiers développements. Le projet aborde ensuite la question de la mise en balance des droits des créanciers face à la promotion de la seconde chance. Dans le même ordre d'idées, le troisième chapitre concerne la continuité des entreprises ainsi que l'influence que pourrait avoir la réforme sur son efficacité. Toujours dans le domaine des créanciers, l'avant dernier chapitre se consacre aux sûretés et à l'évolution de leur utilisation concomitamment aux effets que l'effacement des dettes aura sur le portefeuille des créanciers. Le mémoire se clôture par une comparaison entre la (nouvelle) situation du failli personne physique et celle d'autres acteurs du monde de la faillite comme sa caution.

Si elle semble apporter des réponses à de nombreuses questions, la réforme de la faillite comprend aussi son lot d'interrogations tant sur le plan juridique qu'économique voire même moral auxquelles ce mémoire tente de répondre.

Partie I : Contexte et présentation de la réforme

Ce projet se consacre à la gestion des intérêts lors d'une faillite. Nous avons dès lors souhaité débiter par un bref historique des conséquences pour un failli de son incapacité à désintéresser la totalité de ses créanciers (**Chapitre 1**). Dans un second temps, nous exposons le contexte d'introduction du nouveau Livre XX du Code de droit économique ainsi que les objectifs que ses rédacteurs ont voulu rencontrer (**Chapitre 2**). Le troisième et dernier chapitre de cette première partie, qui sera aussi le plus conséquent, consiste en l'explication des importants changements concrets apportés par la réforme du droit de l'insolvabilité (**Chapitre 3**). Bien que les considérations critiques et les interrogations ont essentiellement été placées dans la seconde partie du projet, nous nous livrons toutefois à certains développements dans ce dernier chapitre.

Chapitre 1 : Le sort du failli à travers le temps

L'idée de faire preuve de clémence envers un commerçant victime du sort ne date pas d'hier et l'excusabilité n'est pas une notion récente (*Section 1*). Sa portée a toutefois varié au fil des lois réformatrices du droit de l'insolvabilité et si les avis des auteurs ont divergé sur de nombreux points, ils s'accordent tous pour dire que « *l'excusabilité est sans doute une des matières qui a fait couler le plus d'encre* »¹ (*Section 2*).

Section 1 : « Petite histoire d'une grande idée² »

Depuis l'antiquité et les origines du droit civil, la seconde chance est une notion qui, s'est vue implémentée dans le monde commercial à certains moments mais qui s'est vue rejetée à d'autres (§1). C'est en 1997, dans une réforme fondatrice du droit de l'insolvabilité que cette seconde chance a enfin fait son nid (§2).

§1 : Les origines de la clémence

Si l'on effectue un grand saut dans le temps, c'est jusqu'au droit romain que les procédures de faillite nous emmènent. Sous la République, le régime juridique prévoyait la mise en esclavage du débiteur qui ne soldait pas l'ensemble de ses dettes. Déjà à cette époque, l'inadéquation de la mesure avait mené à l'adoption d'un édit en 118 av. J.C. qui instaurait

¹ B., INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », *R.D.C.*, avril 2007, p. 308.

² *Ibidem*.

l'action *venditio bonorum*³. L'ensemble des biens du débiteur se voyait toujours vendu mais sa personne physique n'était plus atteinte par la servilité.

Bien plus tard, le Code de commerce napoléonien de 1807⁴ continuait à faire preuve de sévérité envers les endettés via notamment la contrainte par corps exercée sur un débiteur à la demande d'un créancier. Lorsqu'en 1851, le législateur belge introduisit la Loi sur l'excusabilité et le sursis⁵ dans le Code de commerce, le terme « excusabilité » revêtait une toute autre signification que celle d'aujourd'hui : il s'agissait de soustraire le failli à cette contrainte pour le moins radicale. En d'autres mots, on voulait en finir avec la dureté d'un régime qui envoyait derrière les barreaux ceux qui ne pouvaient pas s'acquitter de leurs engagements. La prison pour dettes fut abolie par une loi du 27 juillet 1871⁶ sur la contrainte par corps pour ce qui concerne les matières civiles et commerciales. De cette façon, la notion d'excusabilité devenait désuète et vide d'intérêt pratique.

De son utilité subsistait la constitution d'une preuve d'honnêteté⁷. Pourtant, et nous le soulignerons encore, l'intérêt d'offrir une seconde chance ne réside pas uniquement dans le fait de gratifier le failli d'un « pardon » et de garantir son intégrité morale au sein de la société. C'est également dans la sphère économique que l'on retrouve l'intérêt d'un *fresh start*.

§2 : Une deuxième chance pour l'excusabilité

La notion refit à nouveau surface via la *Loi sur les faillites* du 8 août 1997⁸ lors d'une profonde réforme de la matière par laquelle les effets de l'excusabilité furent redéfinis d'une façon novatrice. Il s'agissait, à ce moment là, de permettre à un débiteur failli de clôturer une fois pour toutes sa situation déficitaire et de ne plus être poursuivi éternellement par ses créanciers. L'article 82 de la *Loi sur les faillites* (dans sa première version de 1997) se déclinait de cette façon : « *Si le failli est déclaré excusable, il ne peut plus être poursuivi par ses créanciers. Si le failli n'est pas déclaré excusable, les créanciers recouvrent le droit d'exercer individuellement leur action sur ses biens* ».

³ N., LEVRATTO, « L'abolition de la contrainte par corps et évolution du capitalisme au XIXème siècle », *Economie et institutions*, n°10-11, 2007, disponible sur <http://ei.revues.org/341> (consulté le 24 janvier 2018).

⁴ Code de commerce du 10 septembre 1807, *M.B.*, 10 septembre 1807.

⁵ Loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis, *M.B.*, 24 avril 1851.

⁶ Loi du 27 juillet 1871 sur la contrainte par corps, *M.B.*, 28 juillet 1871.

⁷ B., INGHELS, *op. cit.*, note 1, p. 309. L'auteure reprend d'ailleurs la formule de « *brevet platonique d'honnêteté* » de C., MATRAY, « L'excusabilité du failli », *R.R.D.*, 1998, p. 261.

⁸ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997, ci-après « *Loi sur les faillites* ».

Jusqu'en 1997, un failli personne physique restait donc tenu de ses dettes vis-à-vis de ses créanciers tant qu'elles n'avaient pas été entièrement soldées. A partir de son introduction, tout redevable qui se voyait gratifié de l'excusabilité par le tribunal en charge de la faillite n'était plus poursuivi par ses créanciers. Notons qu'il était seulement fait obstacle au recouvrement des dettes par les créanciers. Toutefois, le fait de mettre un terme aux poursuites des créanciers ne mettait pas pour autant fin à l'existence de la dette. C'est ce qui explique qu'un failli « excusé » qui se serait volontairement acquitté du solde de ses dettes après la décision d'excusabilité, ne pouvait plus en réclamer le remboursement par la suite⁹. En effet, il subsistait encore une obligation naturelle vis-à-vis des créanciers qui n'auraient pas été désintéressés¹⁰.

L'introduction de cette mesure semblait à l'époque, faire l'écho d'une révolution ou à tout le moins d'une « *innovation essentielle* »¹¹ pour les commerçants, et en particulier pour les commerçants personnes physiques¹². Ces derniers, auparavant dans une mauvaise posture après une faillite, se voyaient offrir une seconde chance¹³.

Section 2 : L'excusabilité, une matière controversée et changeante

Si l'introduction de l'excusabilité poursuivait un bel objectif, les points faibles de la notion sont assez vite apparus. De plus, la notion a soulevé de nombreuses controverses notamment sur le plan constitutionnel où des discriminations étaient invoquées¹⁴.

Les incessantes attaques à l'encontre de ce régime ont conduit à des premières réformes en 2002 (§1) et en 2005 (§2)¹⁵. C'est finalement en 2017 que le législateur sur base d'un projet du ministre de la justice décida d'abandonner la notion d'excusabilité au profit du système de l'effacement de dettes. L'abandon de cette notion s'inscrit dans une réforme beaucoup plus

⁹ M., LEMAL, « La faillite », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 65.

¹⁰ G., DEBOBBELEER, « La notion d'excusabilité », 16 février 2016, p. 4, disponible sur <https://infos-entreprises.be/wp-content/uploads/2018/04/004-La-notion-deffacement-des-dettes-2018.pdf> (consulté le 10 mars 2018).

¹¹ J., WINDEY, « L'excusabilité du failli », *R.D.C.*, 1999, p. 174.

¹² En 1997, la première version de la *Loi sur les faillites* appliquait l'excusabilité tant aux faillis personnes physique que personnes morales. C'est en 2002, lors du premier remaniement, que le champ d'application de l'excusabilité s'est vu restreint aux personnes physiques ; S., KETTMANN, « La portée de l'excusabilité sur la libération du capital », *T.V.B.B.R.*, 2006, p. 352.

¹³ G-A., DAL, « L'excusabilité 1998-2001 », *J.T.*, 2002, p. 61.

¹⁴ A., BRODER et E., STERN, « Van verschoonbaarheid tot onverantwoordelijkheid » *In Foro*, n°48, 2015, p. 19 ; C.C., 4 février 2010, n°5/2010, *R.W.*, 2009-2010, p. 1109. Il s'agissait d'une discrimination entre les sûretés personnelles titre gratuit et le conjoint du failli.

¹⁵ Loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *M.B.*, 21 septembre 2002 ; Loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 et portant des dispositions fiscales diverses, *M.B.*, 28 juillet 2005.

large de l'ensemble du droit de l'insolvabilité et a donné naissance au livre XX du Code de droit économique intitulé : « Insolvabilité des entreprises ».

§1 : Une tentative de réparation

On remarque la faveur que cela représente pour un débiteur de voir ses créanciers bloqués dans leurs actions. Nous insistons sur le mot « faveur » car la loi réparatrice du 4 septembre 2002 entendait transformer les facilités offertes par la *Loi sur les faillites* en un droit¹⁶. L'excusabilité était devenue la règle et son refus l'exception¹⁷ : « *sauf circonstances graves spécialement motivées, le tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi* » (article 80, al. 2 loi du 8 août 1997).

De plus, la suspension des poursuites s'était vue transformée en une extinction des dettes similaire à l'effacement prévu au livre XX¹⁸. Cette revalorisation des effets de l'excusabilité a posé certains problèmes qui nous semblent pertinents de reprendre car ils pourraient refaire surface dans le système d'effacement des dettes.

Pavé de bonnes intentions, le contenu de l'article 82 de la version 2002 de la *Loi sur les faillites* contenait toutefois des difficultés¹⁹ :

Parmi elles, les conditions de fond pour l'octroi de l'excusabilité n'étaient pas plus claires que dans sa version originelle. Déjà en 1997, il a fallu se référer aux travaux préparatoires, à la doctrine et la jurisprudence pour dégager les conditions nécessaires de l'excusabilité. La faillite devait être due à des circonstances indépendantes de la volonté du failli et il était demandé des garanties pour l'avenir. En 2002, les conditions semblaient toujours aussi peu claires : le failli devait non seulement être malheureux mais aussi de bonne foi.

Deuxièmement, des critiques ont également fusé à l'encontre du remplacement de la simple cessation des poursuites des créanciers par l'extinction de toutes les dettes. Le législateur ne s'était peut-être pas douté de la portée des termes « éteint les dettes du failli ». Ceux-ci impliquaient en effet, en sus de l'extinction des dettes, l'extinction des leurs accessoires. Dès lors, des sûretés comme la caution personnelle, un gage ou encore une hypothèque conférée

¹⁶ T., BOSLY et M., ALHADEFF, « La loi du 4 septembre 2002 de « réparation » de la loi du 8 août 1997 sur les faillites », *C.J.*, 2002, p. 106.

¹⁷ M., FORGES, « Faillite : du nouveau sur l'excusabilité et le comblement du passif », *Journ. jur.*, p. 6.

¹⁸ G-A.. DAL, *op. cit.*, note 13, p. 58. Ce droit restait toutefois conditionnel. Nous y reviendrons dans les développements sur l'automatisme de l'effacement des dettes ; M., LAMENSCH, « L'excusabilité du débiteur failli, le sort des sûretés personnelles et de son conjoint – Dix ans d'évolution depuis l'adoption de la loi du 8 août 1997 », *R.G.D.C.*, 2007, liv. 8, p. 494.

¹⁹ B., INGHELS, *op. cit.*, note 1, p. 310.

par un tiers se seraient vues éteintes elles aussi²⁰. Pour éviter ces effets indésirables, certains auteurs ont considéré que le bénéfice de l'extinction se limitait personnellement au failli²¹.

Le caractère automatique de l'octroi de l'excusabilité nous laisse penser que le sort des créanciers ne semblait pas avoir été pris en compte. Pourtant, ceux-ci restent, aux côtés du débiteur, les principaux concernés par la faillite et par les conséquences que le législateur a choisies de lui assortir.

La loi du 4 septembre 2002 s'est donc voulue réformatrice et affirmait une volonté de mettre fin à certains débats. On pense, par exemple, à l'exclusion de l'excusabilité pour les personnes morales.

§2 : 2005, le législateur revient sur ses pas

Suite aux critiques virulentes, une seconde modification législative via la loi du 20 juillet 2005 revient sur des modifications de celle de 2002 :

Les effets assortis à l'excusabilité en 1997 sont remis à l'ordre du jour. L'extinction de dettes (re)cède sa place à la suspension des poursuites des créanciers²². L'article 80, dans sa dernière version de 2005, donne à tout failli personne physique le droit à l'excusabilité pour autant qu'il soit « *malheureux et de bonne foi* » et qu'il n'y ait pas de « *circonstances graves spécialement motivées* ». Même la commission d'une infraction pénale n'était plus susceptible de venir empêcher de plein droit l'octroi de l'excusabilité²³.

Enfin, l'article 81 de la *Loi sur les faillites* de 1997 confirme l'exclusion du champ d'application de l'excusabilité des personnes morales. Sur ce point, le législateur a gardé son avancée. Le régime se voyait en équilibre précaire entre les faveurs accordées aux faillis et le sort des créanciers.

²⁰ J., WILLEMS, et P., HENFLING, « Excusabilité du failli : une mauvaise affaire pour le fisc », *R.G.F.*, n°8-9, 2005 p. 15.

²¹ G-A., DAL, « L'excusabilité de la loi du 04/09/2002, réparation ou bricolage ? », *J.T.*, 2003, p. 637.

²² On se posera la question du caractère automatique de l'excusabilité afin de déterminer plus loin si son successeur, l'effacement de dettes, est annonciateur d'une diminution de la sévérité sur l'octroi de la seconde chance. Cf. *infra* Partie II, Chapitre 1 : « Le droit à la faillite ».

²³ M., LAMENSCH, *op. cit.*, note 18, p. 497.

Chapitre 2 : L'introduction du livre XX du Code de droit économique

De façon assez succincte, nous reprenons les objectifs que le livre XX cherche à atteindre (*Section 2*). Préalablement, le chapitre reprend le contexte et les influences internationales (*Section 1*).

Section 1 : Contexte du livre XX CDE

§1 : Généralités

Les développements du chapitre précédent nous ont déjà démontré que la matière de l'insolvabilité était un terrain ouvert à de nombreuses polémiques. Une réforme en profondeur de la matière fut plus que bien accueillie par l'ensemble des acteurs de l'insolvabilité.

Le rapport de première lecture du livre XX du CDE « Insolvabilité des entreprises »²⁴ reprend les propos du ministre de la justice. Ce dernier insistait sur la nécessité et l'urgence de moderniser la législation relative à l'insolvabilité des entreprises. Ce sont donc la loi du 8 août 1997 sur les faillites et celle du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises qui se sont vues abrogées. Leur contenu a toutefois été largement intégré dans le livre XX CDE bien qu'elles aient subi certaines retouches. Cette nouvelle loi s'inscrit dans ce que certains appellent « *la croisade du cabinet Geens pour restructurer les codes juridiques et les aligner sur la réalité économique et sociale* »²⁵.

Plus largement, le Code de droit économique a pour objectif d'englober l'ensemble des matières économiques non financières au sein d'un seul et même outil. Ce projet, débuté il y a près de 10 ans, est censé s'achever avec l'introduction du livre XX. Le fait qu'il n'y ait pas de livre XIX vient d'ailleurs marquer la clôture du concept du Code de droit économique.

§2 : Les influences étrangères et européennes

Avec l'intégration du droit de l'insolvabilité dans le Code de droit économique et la réforme de ce même droit, le législateur belge marche dans les traces d'autres législateurs nationaux et surtout du législateur européen²⁶. L'influence étrangère dans la rédaction du Livre XX est parfaitement reconnue et assumée par les rédacteurs de la loi dont Monsieur le

²⁴ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/004, p. 3

²⁵ E., VAN DEN BROEL, « La nouvelle loi relative aux faillites va provoquer un tremblement de terre », 3 juillet 2017, disponible sur <https://graydon.be/fr/blog/la-nouvelle-loi-relative-aux-faillites-va-provoquer-un-tremblement-de-terre> (consulté le 30 mars 2018).

²⁶ S., BRIJS et A., VAN HOE, « Nieuw insolventie recht sluit beter aan bij socio-economische realiteit », *Juristenkrant*, septembre 2017, p. 2.

président honoraire de la Cour de cassation Ivan Verougstraete : si le gouvernement développe depuis plusieurs années un programme dit « de la seconde chance », la Belgique est en effet loin d'être pionnière en la matière.

Le droit américain et plus particulièrement son *Chapter 7 du Bankruptcy Code* offre des modèles de réflexion intéressants. Concernant ce droit outre-Atlantique, il est intéressant de relever que les individus jouissent de protections contre le bon vouloir de leurs créanciers depuis 1898, date de la création du *Bankruptcy Act*²⁷. Dans le même ordre d'idées, le droit anglais et la notion de *discharge* ont aussi été des sources d'inspiration mais ces modèles ont évidemment du être adaptés pour tenir compte des spécificités du droit belge²⁸.

Concernant le droit européen, il s'agissait d'implémenter le Règlement UE 2015/848 du 20 mai 2015²⁹ sur les procédures d'insolvabilité. L'objectif européen consiste en l'atteinte d'une meilleure efficacité dans le déroulement des procédures. De plus, bon nombres de faillites deviennent transnationales. C'est pourquoi l'informatisation des procédures et des renseignements était donc plus que nécessaire pour répondre à ce contexte international.

C'est surtout une recommandation de la Commission européenne de 2014³⁰ qui attire notre attention. La Commission formulait le souhait que les Etats-membres implémentent des politiques favorisant la rapidité dans les procédures d'insolvabilité telle que la faillite. Les rédacteurs du livre XX rencontrent les vœux de la Commission qui, par sa recommandation, a sans doute inspiré notre législateur national. Les travaux préparatoires répètent, à l'envi, que « *l'effacement doit pouvoir être obtenu le plus vite possible pour permettre au failli, personne physique, de mener une activité nouvelle* »³¹.

²⁷ S., BRIJS, « *Fresh start en discharge ingevoerd in het Belgische insolventierecht : een tweede kans voor de wetgever* », *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 156.

²⁸ Faute de place et de peur de nous éloigner de notre sujet, nous avons toutefois choisi de ne pas nous attarder plus longtemps les différents droits étrangers de l'insolvabilité quand bien même leur influence fut déterminante sur la rédaction du Livre XX CDE. Il en sera de même pour la législation européenne.

²⁹ Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), *J.O.*, 5 juin 2015, L 141/19.

³⁰ Recommandation (UE) 2014/135 de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *J.O.*, 14 mars 2014, L 74/65, p. 2.

³¹ D., PASTEGER, « De l'excusabilité à l'effacement : le point sur les mécanismes de *fresh start*, et de décharge des cautions, dans le livre XX du Code de droit économique », *R.D.C.*, 2018/3, p. 267 ; *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/001, p. 89 ; *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/004, p. 4.

Section 2 : Objectifs particuliers concernant l'insolvabilité

§1 : Unification des procédures et rationalisation

La loi sur la continuité de 2009 et la loi sur la faillite de 1997 constituaient deux procédures qui opéraient de manière distincte et un manque d'interaction entre les deux se faisait sentir. La réforme s'est voulue porteuse de cohérence législative et de simplicité. L'exposé des motifs du projet de loi ne cache pas les ambitions de la réforme ni ses objectifs : « *le but principal du projet de loi est de rendre l'ensemble des législations ayant trait à l'insolvabilité plus cohérentes entre elles(...)* »³². L'idée est que l'ensemble de la législation relative à l'insolvabilité soit contenue « *comme un tout rationnel* »³³ dans un seul texte législatif. Le jumelage des différentes procédures liées à l'insolvabilité au sein d'un seul livre du CDE répond à ce besoin d'interaction.

L'articulation des ces procédures, autrefois indépendantes l'une de l'autre, permettra aussi d'orienter le débiteur en difficulté vers les procédures les plus adéquates compte tenu de sa situation³⁴. De temps en temps, il ne sert à rien de vouloir sauver une entreprise en vain s'il apparaît qu'il est déjà trop tard. Autant diriger l'entreprise vers une faillite bien organisée. Il ne s'agit pas seulement de mettre en place des mesures adéquates au profit du débiteur mais aussi de préserver l'intérêt général ainsi que celui des créanciers.

§2 : Pousser la seconde chance encore plus loin

L'effacement de dettes remplace le mécanisme de l'excusabilité et s'inscrit dans une volonté du ministre de la justice³⁵ de mettre fin aux controverses qui ont entouré la seconde chance du débiteur après une faillite. Au fil des ans, les rebondissements jurisprudentiels et les incalculables polémiques n'ont cessé d'alimenter les recueils doctrinaux et autres manuels juridiques. Cet état de fait vivement décrié par de nombreux acteurs du monde de l'insolvabilité a sans doute poussé le législateur à se pencher sur un remaniement du régime de l'excusabilité³⁶. Nous verrons que certaines de ces controverses n'ont pas fini de faire parler d'elles.

³² *Doc., parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/001, p. 4.

³³ *Ibidem.*

³⁴ I., VEROUGSTRAETE, « La genèse et les lignes directrices de la réforme », *Le nouveau livre xx du code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 15.

³⁵ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/004, p. 4.

³⁶ D., PASTEGER, *op. cit.*, note 31, p. 267; I., VEROUGSTRAETE, « Des vicissitudes de l'excusabilité », *R.P.S.*, 2010, p. 114.

Déjà en 1997, les rédacteurs de la *Loi sur les faillites* étaient partis du postulat qu'il était bénéfique pour l'ensemble de la société de permettre à un failli, victime des aléas du commerce, un redémarrage dans la vie économique³⁷. C'est cette opportunité de nouveau départ sur des bases assainies de toutes dettes antérieures, aussi connue sous le nom de *fresh start*, qui constituera notre point d'attention principal tout au long du projet.

La promotion de la seconde chance via le système d'effacement des dettes marque bien l'un des principaux objectifs des codificateurs. Il est, en effet, clairement reconnu que l'effacement des dettes d'un débiteur après une faillite est le moyen le plus important pour favoriser le *fresh start*³⁸. Le projet de loi contient clairement l'objectif de « *promouvoir la seconde chance qui encourage l'entrepreneuriat et permet un nouveau départ. L'échec ne doit plus être stigmatisant* »³⁹. Déjà en 2009, la loi sur la continuité des entreprises s'inscrivait dans les fondements du Livre XX CDE où la sauvegarde des intérêts n'était plus l'unique objectif⁴⁰.

D'une part, le législateur a marqué sa volonté de favoriser le développement économique sur un plan rationnel et purement objectif et d'autre part, il cherche aussi à déstigmatiser l'acte de faillite. Pour le premier objectif, des auteurs parlent de « *progrès significatif* » en ce qui concerne la mise à disposition des acteurs de moyens plus fiables et plus rapides⁴¹. Nous verrons cependant que la seconde affirmation sur la déstigmatisation n'a pas forcément été menée jusqu'à son terme. Nous en exposerons les raisons plus loin.

³⁷ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 1991-1992, 631/001, p. 35 ; D., PASTEGGER, *op. cit.*, note 31, p. 266.

³⁸ S., BRIJS, *op. cit.*, note 27, p. 157.

³⁹ D., JANSSEN et A., VANHESTE, « Projet de loi 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, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique », *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/004, p. 4.

⁴⁰ I., VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, note 34, p. 11.

⁴¹ R., GHYSELS, « Les professionnels du chiffre face au nouveau régime d'insolvabilité des entreprises », *R.G.F.C.P.*, liv. 1, 2018, p. 22.

Chapitre 3 : Les réformes apportées par le Livre XX du Code de droit économique

Si nous nous concentrons sur les aspects spécifiques ou proches au remplacement de l'excusabilité par l'effacement de dettes, le livre XX du Code de droit économique contient beaucoup d'autres nouveautés sur le droit de l'insolvabilité en général. Nous consacrons la première partie de ce troisième chapitre aux réformes procédurales (*Section 1*) pour ensuite spécifiquement développer l'essentiel du système d'effacement de dettes (*Section 2*). Nous concluons ce dernier chapitre par les réformes qui viennent, aux côtés de l'effacement, favoriser la seconde chance du débiteur failli (*Section 3*).

Section 1 : Réformes dans les procédures d'insolvabilité

§1: Cohérence et unification des procédures

Cet aspect a déjà été abordé ci-dessus dans les objectifs de la réforme. Nous reprenons la suppression de la distinction formelle qui existait entre la réorganisation judiciaire et la faillite. Le livre XX CDE rassemblera plus largement les dispositions déjà existantes relatives à l'insolvabilité des entreprises dans une optique de simplification procédurale et d'une meilleure cohérence législative⁴².

Les croisements entre les procédures permettront d'avoir une vue plus complète sur la situation d'un débiteur en lien avec le caractère graduel des situations d'insolvabilité⁴³. On peut en déduire qu'une mesure de l'état d'insolvabilité d'un débiteur pourrait être réalisée. Dès lors, il sera plus aisé d'orienter ce débiteur vers la procédure la plus adéquate : la réorganisation ou la faillite si l'entreprise ne peut être sauvée. Cette vision globale sera d'autant plus facilitée que l'ensemble des données d'une entreprise relatives à une situation d'insolvabilité ou de potentielle insolvabilité sera repris dans le Registre Central de la Solvabilité (§2).

§2 : Digitalisation - RegSol

La digitalisation de la procédure d'insolvabilité lui garantit un aspect formel tout en étant bien plus pratique. Le législateur a voulu donner un grand coup d'accélérateur à la modernisation du traitement de l'insolvabilité via une « *procédure électronique intégrale* »⁴⁴.

⁴² S., BRIJS et A., VAN HOE, *op cit.*, note 26, p. 3. ; *Doc, parl*, Ch. Repr, sess., 2016-2017, 2407/001, p. 3.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Doc, parl*, Ch. Repr, sess., 2016-2017, 2407/001, p. 3.

Le « *Registre central de la Solvabilité* » est la base de données digitale dans laquelle l'ensemble des données relatives aux faillites prononcées en Belgique est intégré et plus largement aux « *dossiers relatifs aux accords amiables, de procédures de réorganisation judiciaire* »⁴⁵. Le Registre dont le nom de la plateforme est « RegSol », avait déjà été mis sur pied pour garantir la concrétisation de la procédure électronique.

La matière de l'insolvabilité vient donc prendre une place importante dans l'informatisation de la justice. RegSol fait partie des réponses aux besoins d'une justice modernisée. Cela devrait permettre de faciliter l'accès à un dossier pour l'ensemble des acteurs concernés. L'article XX.18, §1 CDE fournit une liste exhaustive des personnes qui auront accès aux données du Registre pour autant qu'elles soient « *pertinentes* » et qu'elles ne portent pas préjudice aux « *règles découlant de la protection du secret professionnel, du secret des affaires et du secret du délibéré* »⁴⁶.

Des modalités plus détaillées sont régies par l'arrêté royal du 23 mars 2017⁴⁷. Les droits d'accès varieront entre différentes catégories de personnes selon la qualité en laquelle elles interviennent dans la procédure. Une partie privée sera réservée aux curateurs, greffiers et magistrats. Les créanciers et autres tiers intéressés auront quant à eux accès à une partie publique⁴⁸.

Comme exemple de ses bienfaits, relevons que ce registre détiendra une valeur authentique pour les actes et données qui y seront enregistrés⁴⁹. De plus, les créanciers d'un failli devront obligatoirement déposer leur déclaration de créance par voie électronique via le site internet <https://www.regsol.be> sans autre alternative. Si la procédure est rendue plus simple, les créanciers devront toutefois s'acquitter d'un paiement s'ils veulent déposer leur créance. Ce sera ensuite le rôle du curateur de traiter lesdites déclarations. Enfin, évoquant les

⁴⁵ Article 2, 6° de la 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.

⁴⁶ Art. XX.18, §1, al.1 CDE ; I., VEROUGSTRAETE, « Boek XX WER : een korte duiding », *R.D.C.*, mars 2018, p. 201 ; CAIRN LEGAL, « Le nouvel outil de la faillite : Le Registre central de la Solvabilité », 4 avril 2017, disponible sur <https://www.cairnlegal.be/fr/le-nouvel-outil-de-la-faillite-le-registre-central-de-la-solvabilite/> (consulté le 5 avril 2018).

⁴⁷ Arrêté royal du 23 mars 2017 organisant le fonctionnement du Registre central de la Solvabilité, *M.B.*, 27 mars 2017.

⁴⁸ D., MERTENS et J., BATS, « Bientôt un nouveau droit de l'insolvabilité », *Pacioli*, n°453, 2017, p. 3 ; F., GEORGES, « La réforme de la faillite », *Le nouveau livre XX du Code droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 162.

⁴⁹ Art. XX.15, al. 2 CDE.

curateurs, le registre facilite grandement l'échange des informations ainsi que la transparence et le suivi de leur travail⁵⁰.

Enfin, précisons que les informations resteront enregistrées durant 30 ans et ce, à partir du jugement de clôture de la faillite⁵¹. Le registre constitue donc désormais une pièce maîtresse de la procédure et il sera présent à tous les stades des procédures relatives à l'insolvabilité.

Section 2 : La fin de l'excusabilité pour le système de l'effacement des dettes

Le cœur de notre projet mérite quelques développements afin de bien cerner les enjeux et polémiques de nos réflexions ultérieures. Nous consacrons cette seconde section à l'exposé du principe de l'effacement de dettes (§1), de la procédure et de ses conditions d'octroi (§2) ainsi qu'aux effets qui s'y attachent (§3). Une comparaison avec le régime de l'excusabilité vient ponctuellement s'insérer au cours de ces trois premiers paragraphes ainsi que dans le quatrième consacré à l'effacement total ou partiel des dettes (§4).

§1 : Notion et principe de l'effacement

Si la notion d'excusabilité s'est vue mise au placard par la réforme du droit de l'insolvabilité, l'esprit qui animait l'instauration de l'excusabilité s'est développé. L'effacement des dettes poursuit les mêmes objectifs d'humanisation de la faillite et pousse un cran plus loin la volonté de réinsérer le failli dans le monde économique. L'effacement a d'ailleurs été pensé comme une des lignes de force de la réforme⁵². Le livre XX CDE rationalise non seulement les procédures mais il tient aussi compte de tous les stakeholders qui gravitent autour du failli.

L'article XX. 173, §1^{er} CDE devient le principal promoteur de cette seconde chance pour les personnes physiques : « *si le failli est une personne physique, il sera libéré envers les créanciers du solde de ses dettes(...)* ». Si l'on comprend par cet article la notion d'effacement qui vient en lieu et place de l'excusabilité, une définition plus précise est à trouver dans les travaux parlementaires. Les auteurs du livre XX entendent l'effacement

⁵⁰ P., MOINEAU, « Nouveau droit de l'insolvabilité des entreprises : Quelles sont les évolutions majeures ? », p. 2, disponible sur https://www.herve-law.be/files/new_100.pdf (consulté le 25 mars 2018) ; CAIRN LEGAL, *op. cit.*, note 46.

⁵¹ R., GHYSELS, *op. cit.*, note 41, p. 8.

⁵² K., GEENS, « De sprong naar het recht van morgen – hercodificatie van de basiswetgeving », 6 décembre 2016, p. 66, disponible sur <https://www.koengeens.be/policy/hercodificatie> (consulté le 30 avril 2018).

comme étant « *en essence pour les personnes physiques, un système par lequel les dettes résiduelles après liquidation des biens saisissables sont automatiquement effacées* »⁵³.

Ce qui, a priori semble relever de la révolution ne pourrait être en fait qu'un remaniement esthétique ou plutôt un changement de dénomination. Nous étudions la question plus loin.

§2 : Les conditions de l'effacement⁵⁴

A) Le dépôt d'une requête

Article XX.173, §2 du Code de droit économique : « *l'effacement est uniquement octroyé par le tribunal à la requête du failli (...)* ».

Une importante différence dans la procédure à suivre est à noter par rapport à l'excusabilité. Le Tribunal, dans le régime ante-réforme, statuait d'office sur l'excusabilité du failli. Le prescrit de l'article 73 de la Loi de 1997 ne laissait, en effet, pas entendre qu'une demande devait être faite : « *le tribunal déclare le failli excusable, avec les effets énoncés à l'article 82, s'il répond aux conditions prévues aux articles 80 et 81* ». Le Tribunal ne devra plus statuer sur l'effacement que si le failli l'a préalablement demandé.

Cette demande se devra d'être soit jointe à l'aveu de faillite, soit déposée dans le registre dans les trois mois qui suivront la publication du jugement déclaratif de faillite (article XX. 173, §2 CDE). L'article ajoute que le délai ne change pas quand bien même la faillite serait clôturée avant l'expiration du délai.

Soulignons l'absence de sanction en cas de dépassement de ce délai alors que, le législateur démontre clairement sa volonté : « *si celle-ci [la requête] n'est pas demandée dans l'aveu de la faillite ou dans une période limitée dans le temps après la déclaration de faillite, le débiteur perdra son droit à l'effacement de la dette* »⁵⁵.

B) Le caractère automatique de l'effacement

1. Un octroi plus aisé ?

Est-on arrivé à un effacement automatique des dettes pour une personne physique après la liquidation d'une faillite ? Dans la loi de 1997, l'excusabilité était accordée au failli « *malheureux et de bonne foi* » à moins que « *des circonstances graves et spécialement motivées* »⁵⁶ viennent faire obstacle à cet octroi. Quant à l'effacement des dettes prévu au §3

⁵³ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/001, p. 89.

⁵⁴ D. PASTEGGER, *op. cit.*, note 31, p. 268.

⁵⁵ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/001, p.89.

⁵⁶ Article 82, al. 2, *Loi sur les faillites*.

de l'article XX. 173 CDE, il est accordé automatiquement à moins qu'un tiers intéressé, le curateur ou encore le Ministère public ne vienne s'opposer à cet octroi.

L'article 80 semblait un peu plus strict dans le sens où, dans le texte, l'excusabilité n'était octroyée qu'au failli « malheureux et de bonne foi ». On ne retrouve plus ces termes dans le livre XX. Malgré tout, à partir du moment où l'effacement est refusé en cas de faute grave et caractérisée et que le failli malheureux et de bonne foi était apprécié au regard de ce même type de faute⁵⁷, peut-on vraiment parler d'une plus grande sévérité de l'article 80 ? Nous ne le pensons pas.

Le débat sur le caractère automatique que revêt ou devrait revêtir l'effacement de dettes sera repris ultérieurement lors des discussions sur le droit à la faillite.

2. Renversement de la démarche

Si l'on en croit l'exposé des motifs du projet de loi, le refus d'effacement représente une exception⁵⁸. La condition du « failli malheureux et de bonne foi » de l'article 80, al2 de la loi de 1997 a été jugée comme une terminologie dépassée qui se devait d'être mise au rebus. D'autant plus qu'elle gardait une importante connotation moralisatrice⁵⁹. L'abandon de cette condition ne constitue donc pas une révolution.

En revanche, le grand changement qui vient pousser l'automatisme comme règle réside dans « l'inversion du contentieux »⁶⁰. Il apparaît bien que l'accès à l'effacement est devenu plus aisé pour le débiteur dès lors que sa demande ne subit plus un examen d'office comme sous l'empire du régime de l'excusabilité. Auparavant, l'excusabilité était étudiée par le Tribunal qui entendait un rapport du juge-commissaire sur les circonstances de la faillite, un compte-rendu des délibérations des créanciers sur l'octroi de l'excusabilité ainsi qu'un avis du Ministère public. L'avis du curateur était aussi pris en compte⁶¹.

Aujourd'hui, cet examen n'existe plus d'office et la contestation de l'effacement doit découler d'une démarche active des acteurs cités ci-dessus. On retrouve cette inversion de la charge de l'examen au §3 de l'article XX. 173 CDE : « *tout intéressé, en ce compris le curateur ou le ministère public peut, par requête communiquée au failli par le greffier, à partir de la publication du jugement de faillite, demander que l'effacement ne soit accordé que*

⁵⁷ I., VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 762 ; Mons, 3 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 45 ; I., VEROUSTRATE, *op. cit.*, note 46, p. 205.

⁵⁸ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/001, p. 89.

⁵⁹ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/004, p. 54.

⁶⁰ D., PASTEGGER, *op. cit.*, note 31, p. 269.

⁶¹ *Ibidem*, p. 270.

partiellement ou refusé totalement par décision motivée, si le débiteur a commis des fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite ».

§3 : Les effets de l'effacement

Pour le débiteur failli ayant obtenu l'effacement ainsi que pour ses créanciers qui n'ont pu être désintéressés, quelles sont les conséquences de cet effacement ?

Les personnes physiques voient leurs dettes résiduaire automatiquement effacées après la procédure de liquidation tandis que sous l'empire du régime de l'excusabilité, les dettes impayées continuaient d'exister. Seules les possibilités de poursuite des créanciers se voyaient obstruées.

L'article 82 de la loi sur les faillites, encore en vigueur jusqu'au 1^{er} mai de cette année, insistait sur la cessation des poursuites par les créanciers qu'impliquait l'octroi de l'excusabilité. En aucun cas, il n'était question d'éteindre les dettes non soldées du failli. L'importance de cette distinction résidait dans la volonté de ne pas éteindre les accessoires des dettes du failli : les cautions personnelles, gages ou autres sûretés réelles consenties par des tiers continuaient d'exister⁶².

Le terme « libéré » de l'article XX.173, §1, al. 1 vient-il mettre à terre la survie de ces accessoires ? On peut être certain que telle n'était pas la volonté du législateur. C'est d'ailleurs pourquoi l'alinéa 1 de l'article se conclut en précisant que la libération du solde des dettes a lieu « *sans préjudice des sûretés réelles données par le failli ou par des tiers* ». Dans la même optique, l'article XX.175 vient ajouter que la libération ne profitera pas non plus « *aux codébiteurs ni aux constituants de sûretés personnelles* ». Enfin, on peut remarquer que l'article 80, al. 3 de la loi sur les faillites a été reprise *in extenso* dans l'alinéa 2 de l'article XX.173, §1 CDE : « *l'effacement est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute* »⁶³.

§4 : Un octroi partiel en lieu et place d'un tout ou rien

Si certains points, au premier regard révolutionnaire, ne sont en réalité que de remaniements esthétiques de la loi de 1997, l'article XX.173, §3 CDE contient une réelle innovation. En effet, le régime de l'excusabilité consacrait une logique du tout ou rien. Si on peut souligner le gain de simplicité et l'évitement d'un risque de discrimination entre les

⁶² D., PASTEGGER, *op. cit.*, note 31, p. 272.

⁶³ *Ibidem*.

créanciers, la rigidité d'un tel régime était marquante. L'octroi partiel d'un éventuel effacement est désormais à l'ordre du jour. La souplesse est donc de mise mais est-elle si bienvenue ? D'autant que d'importantes questions sur la portée de cet effacement partiel surgissent. Le Tribunal octroyant l'effacement des dettes pourrait-il limiter la faveur à une quote-part du passif ou pourrait-il sélectionner des dettes qui ne subiraient pas l'effacement⁶⁴ ?

La seconde option viendrait porter un grand coup principe d'égalité des créanciers. On relève d'ailleurs qu'un des buts du dessaisissement du failli de ses biens répond notamment à la nécessité d'éviter que certains créanciers ne soient avantagés vis-à-vis d'autres⁶⁵. D'autant que plusieurs demandaient déjà lors de la rédaction de la loi que certains types de créances ou créanciers se voient exemptés de l'effacement pour raison d'intérêt général. Relevons tout de même que ledit principe d'égalité se voit souvent mis de côté. Il suffit de prendre l'exemple des créanciers privilégiés : la loi elle-même vient déroger au principe⁶⁶.

Pourtant, l'article XX.173 CDE se veut clair et impartial : il n'est aucunement question de distinguer les dettes lors de l'octroi de l'effacement. Toutes les dettes du failli, qui existent au moment de l'ouverture de la faillite, qu'elles soient privées ou professionnelles et peu importe leur origine ou leur cause pourront être effacées⁶⁷. L'effacement vaut donc pour l'ensemble des dettes d'une faillite mais son refus pourra s'appliquer à une fraction seulement de celles-ci.

Section 3 : Autres réformes favorisant la seconde chance

Nous clôturons dans cette ultime section par la reprise de deux autres changements pro-*fresh start* apportés par l'introduction du livre XX CDE. L'effacement anticipé (§1) et surtout le changement de composition de l'actif de la faillite (§2) viennent sérieusement encourager le redémarrage du failli dans le circuit économique.

⁶⁴ I., VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., note 57, p. 759 ; D., PASTEGER, op. cit., note 31, p. 272 ; Mons, 10 mars 2014, D.A.O.R., 2014, p. 123.

⁶⁵ E., DE PIERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Péé, 1929, p. 90, cité par F., GEORGES, « La réforme de l'insolvabilité », *Le nouveau livre XX du Code droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 178.

⁶⁶ Loi hypothécaire du 16 décembre 1851, M.B., 22 décembre 1851.

⁶⁷ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/004, p. 99.

§1 : L’effacement anticipé⁶⁸

En sus du passage de l’excusabilité à l’effacement pur et simple des dettes du failli, d’autres aménagements viennent renforcer la possibilité d’un *fresh start* : un débiteur pourra recommencer une activité avant même que sa précédente faillite ne soit clôturée.

En règle générale, la demande d’effacement des dettes sera statuée par le Tribunal au moment de la clôture de la faillite. Désormais, il pourra statuer avant : « sans attendre la clôture de la faillite et dès que le délai de six mois est écoulé, le failli peut demander au tribunal de se prononcer sur l’effacement » (XX.173, §2, al. 2 CDE). Le Tribunal peut, sous réserve d’en communiquer les raisons, refuser d’octroyer prématurément cet effacement. Enfin, si un an après la déclaration de faillite, la clôture n’a toujours pas eu lieu et que le débiteur a correctement introduit sa requête d’effacement, il peut réclamer au Tribunal les raisons qui justifient qu’il ne s’est pas encore prononcé⁶⁹.

Toutefois, l’avantage qu’un débiteur pourrait tirer d’un octroi anticipé semble limité. Non seulement, tout comme dans le système de l’excusabilité (art. 24 à 26 de la Loi sur les faillites), la procédure de faillite suspend les recours des créanciers (art. XX.117 à XX.121 CDE) mais de plus, les revenus obtenus après la déclaration de faillite ne seront pas concernés par la liquidation de la faillite (voir §2). Nous voyons dans cet octroi un éventuel passeport pour recommencer une activité. En effet, dans la pratique, il peut être compliqué pour une personne impliquée dans une procédure de faillite de bénéficier de la confiance de nouveaux partenaires commerciaux.

Plus exceptionnellement, le Tribunal pourrait être amené à se prononcer après la clôture de la faillite. On pense notamment à l’hypothèse où la clôture arrive avant l’expiration du délai de trois mois dans lequel un débiteur doit faire sa demande d’effacement de dettes. Dans ce cas, et si le débiteur introduit sa requête dans le délai imparti, le Tribunal disposera alors d’un mois pour statuer. Cette hypothèse plus anecdotique s’inscrit dans la lignée des autres mesures visant à accélérer la procédure de faillite.

§2 : Resserrement de la consistance de la masse

A) Similitudes et nouveautés

Le jugement déclaratif de faillite produit toujours le même effet de dessaisissement des biens que sous l’empire de l’excusabilité (art. XX.110, §1 CDE, art. 16 *Loi sur les*

⁶⁸ D., PASTEGGER, *op. cit.*, note 31, p. 273.

⁶⁹ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/004, p. 97.

faillites). Il y a en revanche du changement dans la composition de ce que comprend l'actif de la faillite. Si les biens venant à échoir après la déclaration de faillite mais issus d'une cause antérieure à l'ouverture de celles-ci continuent à être compris dans l'actif (art. XX110, §1 CDE), ce n'est plus le cas pour ceux recueillis à partir de la déclaration. Avant la réforme, les biens que le failli se procurait postérieurement à la déclaration de faillite mais antérieurement à la clôture, se voyaient également dessaisis et inclus dans la masse des actifs⁷⁰.

L'article XX.110, §3, al. 2 CDE régit désormais la situation comme ceci : « *Sont également exclus de l'actif de la faillite les biens, les montants, sommes et paiements que le failli recueille à partir de la déclaration de la faillite en vertu d'une cause postérieure à la faillite* ». Non seulement le failli pourra redémarrer une activité beaucoup plus rapidement, mais surtout, les fruits de cette nouvelle entreprise ne pourront pas servir à désintéresser les créanciers de la faillite antérieure.

B) Motifs

Assez logiquement, on convient qu'il n'y aurait aucun intérêt pour une personne physique aux prises avec la faillite d'une précédente activité commerciale d'amorcer une autre entreprise si elle sait que ses nouveaux revenus vont lui échapper. La nouvelle activité se verrait privée de ses premières rentrées d'argent et son existence débiterait avec un sérieux handicap.

C'est donc en adéquation avec les objectifs de facilitation du rebond du failli que la consistance de la masse se voit maintenant réduite par rapport à la situation précédente. Dès lors, tous les paiements que le failli aurait acquis après l'ouverture de la faillite ne pourront plus être considérés comme faisant partie de la masse. Ils serviront plus à désintéresser les créanciers.

Outre la seconde chance, c'est dans une certaine équivalence de situations que cette nouveauté s'explique. Le tribunal du commerce de Liège estimait que la cristallisation du passif provoquée par l'ouverture d'une faillite devrait avoir pour corollaire une cristallisation de l'actif⁷¹. C'est maintenant chose faite.

⁷⁰ S., BRIJS, S., JACMAIN et K., DE SMET, « Kijtschelding en andere nieuwigheden in het faillissementsrecht », *In Foro*, n°57, 2017, p. 13 ; S., BRIJS, S., JACMAIN, K., DE SMET et A., VAN HOE, « Het nieuwe faillissementsrecht », *R.D.C.*, mars 2018, p. 256 ; Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 227, cité par F., GEORGE, « La réforme de la faillite », *op. cit.*, note 65, p. 179.

⁷¹ Comm. Liège, 21 mai 2013, *DAOR*, 2014, p. 96.

C) Autres effets

L'alinéa 4 de l'article XX.110, §3 CDE ajoute que « *le failli gère également les biens et montants visés aux alinéas 2 et 3 et en dispose* ». Sans grand étonnement, il est évident que ces actifs n'étant pas concernés par la procédure de faillite, le débiteur n'a pas à en être dessaisi. D'autant plus qu'il aura besoin d'une liberté de gestion pour entamer une éventuelle nouvelle activité.

Presque un détail, le texte législatif mentionne les héritages. Une succession qui tomberait dans le patrimoine du failli après l'ouverture de la faillite ne se verrait plus versée dans la masse destinée à désintéresser les créanciers⁷². S'il paraît anodin de trouver un tel élément de la sphère privée dans un texte législatif relatif à l'insolvabilité, les conséquences sont pourtant de taille. C'est la date de l'ouverture de la faillite qui détermine désormais l'affectation de l'héritage.

Section 4 : La transition vers le livre XX

§1 : Une transition directe

« *Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux procédures d'insolvabilité ouvertes à partir de l'entrée en vigueur de la présente loi* » qui aura lieu le 1^{er} mai 2018⁷³.

L'ouverture des procédures est spécifiquement définie à l'article I.22 CDE. Cela permettra une application théoriquement plus aisée du nouveau droit de l'insolvabilité. La loi s'appliquera donc à toutes les procédures de faillite dont la décision d'ouverture de faillite est postérieure au 1^{er} mai 2018. Le passage direct d'un système à un autre aura pour conséquence que l'ancien et le nouveau régime vont être appliqués simultanément pendant plusieurs années⁷⁴.

On l'aura compris, tout dépendra de la date de la décision d'ouverture de la faillite. A titre d'exemple, un failli ne pourra se voir accorder un effacement de dettes que si sa faillite a été déclarée après l'entrée en vigueur du livre XX.

⁷² Liège, 3 octobre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 703.

⁷³ Art. 72 et 76 de la 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.

⁷⁴ I., VEROUGSTRAETE, « Le droit transitoire du Livre XX », *R.D.C.*, 2018/3, p. 294.

§2 : Aménagements du principe

Les actes initiateurs d'une procédure de faillite pourraient être débutés avant le 1^{er} mai 2018 mais la décision de l'ouverture de la faillite rendue à une date ultérieure à l'entrée en vigueur. Cela pourrait être le cas d'un aveu de faillite, par exemple. Le législateur n'a pas jugé bon qu'un débiteur ayant fait aveu de sa faillite doive se soumettre aux conditions d'une législation qui n'est pas encore en vigueur. Il restera dans ce cas soumis à l'ancien régime. Pour l'application de cet aménagement, RegSol devrait appréhender seulement les nouvelles procédures dont l'acte initiateur est accompli à partir du 1^{er} mai 2018 à 0h⁷⁵. De même que L'informatisation du Registre va venir faciliter la distinction des procédures devant être soumises à l'ancien ou au nouveau système.

Nous nous interrogeons toutefois sur la possibilité pour le débiteur dans la situation ci-dessus, de pouvoir choisir de se voir appliquer la nouvelle législation. Compte tenu des développements du présent travail, nous estimons que le livre XX est plus favorable que les dispositions de la loi de 1997 sur les faillites. Il serait dès lors intéressant pour les faillis de pouvoir en profiter. Notons que pour la situation particulière mentionnée au paragraphe précédent, il suffira au débiteur failli de décaler son aveu de quelques jours s'il souhaite que sa faillite soit traitée sous l'empire du livre XX.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 295.

Partie II : Impacts, conséquences et réflexions de la réforme

Cette seconde partie du projet va développer certains thèmes choisis gravitant autour du livre XX CDE. Nous abordons à la fois des aspects découlant directement de la réforme mais aussi du droit de l'insolvabilité d'une manière plus large. Le système d'effacement des dettes y garde une place prépondérante.

Nous débutons avec un important chapitre relatif à l'existence d'un droit à la faillite (**Chapitre 1**). Nous y développons les justifications de promouvoir un tel droit ainsi que ses conséquences. Deuxièmement, nous traitons de l'équilibre présent entre la notion de la seconde chance et le droit des créanciers (**Chapitre 2**). En troisième lieu, nous consacrons quelques pages à une matière liée de près au droit de la faillite : la continuité des entreprises (**Chapitre 3**). Nous exposons succinctement, en quatrième partie, quelques considérations relatives aux sûretés, le sort que leur a réservé la réforme ainsi que les évolutions qu'elles pourraient subir (**Chapitre 4**). Nous finalisons cette seconde partie par quelques comparaisons entre la situation du failli et celle d'autres acteurs comme l'administrateur de société ou la sûreté personnelle du failli (**Chapitre 5**).

Chapitre 1 : Droit à la faillite, motifs et conséquences

La question du droit pour un débiteur de faire faillite a déjà suscité beaucoup de polémiques. Parmi elles, l'automatisme du droit à l'excusabilité et aujourd'hui à l'effacement de dettes se retrouve au cœur du débat (*Section 1*). Sur le plan psychologique et sociologique, la stigmatisation qui se greffe à l'acte de faillite est un phénomène persistant malgré les efforts du législateur (*Section 2*). Si l'automatisme dans la procédure d'effacement est prôné par beaucoup, nous verrons que les raisons avancées tant par ses promoteurs que par ses détracteurs se justifient (*Section 3*). Les conséquences d'un tel droit et de son automatisme sont abordées (*Section 4*) avant de conclure le chapitre par l'épilogue d'une faillite et d'un effacement de dettes (*Section 5*).

Section 1 : Un droit automatique

§1 : L'automatisme de l'effacement

Nous avons soulevé la question du caractère automatique de l'effacement en première partie. Si en théorie, l'effacement semble amener une plus grande automatisme, ce n'est pas le

cas dans la pratique compte tenu du caractère quasi-automatique que revêtait déjà l'excusabilité. La seconde chance est-elle finalement plus facile à obtenir ? Si le §1 de l'article XX.173 CDE semble le laisser penser, les paragraphes suivants viennent rapidement mettre un frein à cette affirmation.

En effet, pour que l'effacement lui soit accordé, le failli devra préalablement en faire la demande devant le Tribunal (art. XX.173, §2). Sous l'empire de la loi sur les faillites, une telle procédure n'était pas requise et il était d'office statué sur l'octroi ou non de l'excusabilité. Cette condition peut sembler anodine mais la démarche est lourde de conséquences. Si le débiteur failli oublie de procéder au dépôt de sa requête d'effacement, il voit disparaître ses espoirs de seconde chance.

A cet égard, il apparaît qu'un éventuel manque d'informations ou de compétences du failli pourrait lui être gravement préjudiciable. Cela pourrait même constituer une discrimination dès lors que des faillis moins bien encadrés ne bénéficieraient pas des mêmes avantages que les plus informés. Nous supputons toutefois que le curateur se chargera d'attirer l'attention du failli sur lesdites informations afin qu'il puisse poser ses choix en toute connaissance de cause. Pour pallier ce risque, une case obligatoire sera prévue dans les formulaires en ligne sur RegSol où le failli devra choisir s'il souhaite demander l'effacement ou non. D'une certaine façon, l'automatisme tempéré par la requête a ainsi été recréé.

Deuxièmement, l'effacement des dettes pourrait être refusé en cas de « *fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite* » (art. XX.173, §3). Déjà sous le régime de l'excusabilité, celle-ci pouvait être refusée par le prescrit de l'article 80. Le nouveau livre XX n'est donc pas porteur de plus de flexibilité à l'égard des faillis, du moins en ce qui concerne les conditions d'octroi d'une éventuelle seconde chance.

§2 : Des premières réticences

Lors des discussions en commission, des nombreuses réticences ont été exprimées au sujet de l'automatisme d'un effacement de dettes. Dans une volonté marquée de prévenir des abus éventuels, des amendements ont été pris afin de baliser l'automatisme de l'octroi du *fresh start*. C'est pourquoi lors du dépôt de la requête, le curateur est informé et il dépose un rapport des circonstances de la faillite⁷⁶. Les éventuelles fautes « graves et caractérisées » pourront potentiellement provoquer le refus de la requête.

⁷⁶ Amendements n°5, *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/002, p. 6 ; F., GEORGES, « La réforme de la faillite », *op. cit.*, note 65, p. 171.

L'excusabilité, sous la modification de l'article 80, al.2 par la loi du 4 septembre 2002, était déjà considérée comme un droit et non plus une faveur⁷⁷. Les tempéraments que nous connaissons y étaient toutefois greffés. On donc peut affirmer qu'il y avait déjà une forme d'automatisme sous le régime de l'excusabilité. Si aujourd'hui, on ne peut nier l'existence de ce droit, on voit toutefois que de nombreux obstacles viennent l'entraver.

Section 2 : Faillite et moralité

§1 : La faillite synonyme d'échec

« Faire faillite, (...) c'est commettre l'action la plus déshonorante entre toutes celles qui peuvent déshonorer l'homme » - (Honoré de Balzac, *Eugénie Grandet*, 1834).

Bon nombre d'acteurs du monde des affaires, qu'ils soient juristes ou économistes s'accordent pour dire que nos mentalités attribuent une mauvaise connotation à l'acte de faillite, synonyme d'échec. Notre société jette l'opprobre sur les faillis et ces derniers sont trop souvent vus comme des mauvais payeurs.

Dans notre langue, le terme « faillite », en plus de sa définition commune sur l'état du débiteur, signifie l'échec complet d'un projet⁷⁸. Sans vouloir extrapoler, le verbe précédent n'est autre que « faillir ». Il tire son origine de « fallere » dont la traduction depuis le latin n'est autre que « tromper », « induire en erreur » ou encore « échapper à »⁷⁹. On retient aussi comme dérivé le terme « fallacieux ». La faillite a donc toujours été dotée d'un aspect moralisateur.

Bien qu'au fil des ans, des faveurs furent accordées au débiteur failli, les mentalités et le système en lui-même continuent de faire peser un lourd jugement sur l'endetté. Rien que dans notre manière d'introduire le sujet, nous utilisons le terme «faveur». La collectivité continue de penser que le failli, excusé ou profitant de l'effacement, reste redevable.

§2 : Vers une déculpabilisation

Alors que la faillite pouvait auparavant être considérée comme un fait criminel⁸⁰, on assiste toutefois depuis plusieurs années à une évolution vers une déculpabilisation. Lors de la profonde réforme de 1997, l'une des principales ambitions du législateur fut justement que la faillite ne soit plus perçue comme la suite d'un comportement coupable. Précisons toutefois

⁷⁷ I., VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, op. cit., note 57, p. 762.

⁷⁸ X., *Le petit Larousse illustré 2008*, Paris, Larousse, 2007, p. 407.

⁷⁹ DICOLATIN, « Fallere », disponible sur <http://www.dicolatin.com/XY/LAK/0/FALLERE/index.htm>, (consulté le 9 avril 2018).

⁸⁰ E., VAN DEN BROEL, op. cit., note 25, p. 2.

que, dans le contexte du siècle dernier, le législateur désirait avant tout humaniser les conséquences de la faillite. Bien que nous ayons montré les défauts de l'excusabilité, il serait injuste de ne pas lui reconnaître ses succès. Elle représenta une belle avancée en la matière.

« Chassez le naturel, il revient au galop » : alors que les rédacteurs de 1997 avaient tenté de purger toute connotation morale de la faillite, l'introduction de la condition « malheureux et de bonne foi » réintroduisit cette approche moralisatrice de la situation⁸¹. Afin d'obtenir l'excusabilité de sa faillite, le commerçant devait montrer qu'il était malheureux et de bonne foi. Si dans la pratique, la situation des faillis ne s'est pas modifiée significativement, la volte face du législateur de 2002 révèle cette impossibilité de se débarrasser de la mauvaise connotation de la faillite. Assez curieusement, c'est dans la foulée de cette réintroduction de la moralité dans la faillite que les intérêts des créanciers semblaient ne pas avoir été pris sérieusement en compte⁸². Peut-être doit-on y voir une tentative de compensation pour les créanciers impayés.

Dernièrement, le ministre de la justice confirmait cette volonté de déstigmatiser l'échec d'une entreprise⁸³. Ce changement de mentalité, pour le moins logique et rationnel, est principalement motivé par la détermination du législateur à pousser les entrepreneurs à innover et à lancer des activités. De plus, force est de constater que bon nombre de faillites, si ce n'est pas la majorité, ne sont pas causées par un manque de compétences ou un laxisme dans la gestion des affaires mais simplement par le coup du sort.

§3 : La moralisation de la faillite dans le livre XX CDE - la requête d'effacement

Le législateur souhaite, semble-t-il, déculpabiliser l'acte de faillite, promouvoir l'entrepreneuriat et empêcher que les futurs entrepreneurs ne craignent de se lancer. Pourtant, certaines de ses décisions ne s'accordent pas tout à fait avec cet esprit. En effet, le caractère automatique de l'effacement est notamment sévèrement modéré par la nécessité de la requête en effacement des dettes. A quoi rime-t-il d'imposer au débiteur qu'il vienne demander l'aumône devant le Tribunal ? On peut chercher longtemps l'utilité pour les créanciers de pouvoir clamer un « *vae victis* » façon Brennus si ce n'est la malsaine compensation de leur créance évaporée. Cette approche radicale de la question sera tempérée à la *Section* suivante.

Au delà de la simple moralité, si le formulaire d'aveu de faillite attire l'attention sur la nécessité d'introduire une requête en effacement, il semblerait logique qu'elle soit

⁸¹ B., INGHELS, *op. cit.*, note 1, p. 313.

⁸² *Ibidem.*

⁸³ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/004, p. 4.

systématiquement demandée. Il sera prévu sur RegSol une case spécifique pour la demande d'effacement mais quid des faillites qui ne sont pas prononcées suite à un aveu ? La faillite prononcée par défaut pourrait laisser couler rapidement le délai de trois mois dans lequel la requête doit être déposée et un failli mal informé s'en verrait privé⁸⁴. Il ne bénéficierait alors jamais du *fresh start* tant promu par les rédacteurs du livre XX et surtout, sa situation personnelle serait bien plus compliquée par rapport à ceux ayant reçu l'information à temps. C'est un risque réel à prendre en compte d'autant que rien n'oblige les curateurs à fournir cette information. On peut toutefois espérer que dans le souci de la correcte application de leur mission, ces derniers y procéderont.

Section 3 : Les limites du droit à la faillite

Un droit est un droit et nul besoin de venir le conditionner avec des procédures qui viennent compliquer l'obtention de l'effacement, encombrer le travail du Tribunal et nuire à l'efficacité de l'objectif principal de seconde chance. Pouvons-nous être si certains de ces affirmations ? Raisonnablement il est possible que le législateur n'a sans doute pas posé des limites sans raison. D'une autre façon, la question peut se transformer : la seconde chance doit-elle être totalement automatique ou doit-elle demeurer une faveur qui doit être demandée ?

§1 : Un automatisme total inapproprié

A) Parer aux abus

Si le droit à la faillite, nous l'avons vu, est sans doute souhaitable, sommes-nous prêts à la payer à n'importe quel prix ? En se basant sur la théorie du hasard moral, J. Vananroye et G. Lindemans se demandent si la limitation de la responsabilité des dirigeants d'une société ne va pas amener à un laxisme dans la gestion des affaires ? Leur contribution sur la protection des créanciers en droit des sociétés découle de la responsabilité limitée mais nous pensons que leur réflexion peut être transposée par analogie à l'effacement de dettes et au droit à la faillite⁸⁵.

L'aménagement favorable des conséquences d'une faillite ne va-t-elle pas pousser les entrepreneurs à prendre trop de risques voire même à ne pas gérer leurs affaires en bon

⁸⁴ D., PASTERGER, *op. cit.*, note 31, p. 269.

⁸⁵ G., LINDEMANS, et J., VANANROYE, « Schuldeisersbescherming in het vennootschapsrecht: een rouwbericht », p. 4, disponible sur https://www.academia.edu/32922462/Schuldeisersbescherming_in_het_vennootschapsrecht_een_rouwbericht (consulté le 15 janvier 2018).

commerçant prudent et diligent ? Si a priori il est difficilement concevable qu'une personne gère volontairement ses affaires avec un manque de rigueur, il faut malheureusement remettre la réalité au centre de l'échiquier. Le droit à la faillite doit s'ancrer dans notre système de pensée mais il risque bien entendu, comme tout droit, d'être abusé. Nous ne nous étendrons toutefois pas sur des situations frôlant les limites de la fraude.

Reprenons un exemple qui illustre bien le souci de l'automatisme qui peut mener à l'instrumentalisation des procédures : la réorganisation judiciaire. Avant la réforme de 2013, la loi sur la continuité des entreprises⁸⁶ ne prévoyait pas de limite au plan d'abattement des créances. Une correction est venue maximiser le plafond d'abattement des dettes à 85%⁸⁷. Si auparavant les débiteurs tentaient d'élaborer un plan de réorganisation qui entraînerait l'approbation des créanciers, certains ont profité du nouveau prescrit légal pour monter d'office aux 85%. C'est de ce type d'instrumentalisation dont il faut se garder.

Pour pallier cet automatisme fréquemment décrié, reprenons une comparaison avec le droit américain que nous avons déjà évoqué en première partie. Au premier abord beaucoup plus libéral et prônant la seconde chance, le droit de l'insolvabilité américain vient pourtant poser d'importantes limites à l'octroi de la *discharge* notamment via une liste exhaustive d'exceptions. Par exemple, l'article 523 (a)(2) (A) du *Bankruptcy Code* refuse le bénéfice de la *discharge* pour toutes les dettes qui résultent d'une fraude du débiteur⁸⁸.

C'est donc une grande différence à noter entre le régime des USA et le régime belge. Le droit américain est doté d'un système particulièrement élaboré là où le régime belge est plutôt sommaire et dans une optique du tout ou rien. Cette dernière affirmation était surtout vraie sous l'excusabilité. Le nouveau droit de l'insolvabilité pourrait venir combler ce radicalisme avec la possibilité d'effacement partiel et venir apporter cette touche de nuance dans l'automatisme de l'effacement.

B) Le rôle éducatif de la faillite

Il est évident qu'on ne peut formuler des généralités et qu'une appréciation du comportement d'un débiteur doit se réaliser au cas par cas mais un automatisme absolu pourrait presque représenter une incitation à recommencer.

⁸⁶ Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2004.

⁸⁷ Art. 49/1 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009, inséré par la loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises, *M.B.*, 22 juillet 2013.

⁸⁸ F., T'KINT et W., DERIJCKE, « Cautionnement et excusabilité du failli : quand le cautionnement survit à l'extinction de la dette garantie », *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 432.

Assumant ce rôle quasi-éducatif, il peut être judicieux que les créanciers puissent, à un moment de la procédure, se prononcer sur les circonstances de la faillite. Il semblerait que bon nombre de créanciers ne connaissent pas bien leurs droits et que fatalistes, ils ne cherchent pas à revendiquer correctement leurs droits. C'est plus souvent le cas avec des PME ou des entreprises elles-mêmes personnes physiques. Partant de ce constat, il est nécessaire d'inciter les créanciers à se faire entendre. Les règles du droit de l'insolvabilité se doivent d'être symétriques. L'humanisation des conséquences de la faillite et l'aménagement de l'effacement des dettes du débiteur ne doivent pas placer ce dernier dans une situation d'impunité quasi-totale.

D'un point de vue psychologique et comportemental, il est important que les débiteurs viennent à la rencontre de leurs créanciers et qu'ils s'expliquent avec eux. Par exemple, dans le cas des plans de réorganisation lors des PRJ, le débiteur doit avoir un intérêt à rencontrer ses créanciers et à leur présenter un plan de relance viable et pertinent. Expliquer que la meilleure des solutions consiste en un aménagement des créances et qu'il vaut mieux récupérer moins ou plus tard que rien du tout. Il s'agit là d'une première étape dans le respect de ses créanciers.

C'est, sans doute, ce qui explique que le législateur n'a pas été trop loin dans l'octroi de faveurs au débiteur afin d'éviter que le côté automatique ne puisse conduire à une forme d'indifférence.

§2 : L'effacement au service du futur

« The goal of the fresh start policicy is to give the honest - but – unfortunate debtor a new opportunity in life free from the pressure and discouragement of preexisting debts »⁸⁹.

A) Le rôle du fresh start

D'une part, il paraît injuste qu'un débiteur supporte le poids des dettes toute sa vie alors qu'il agit sans intention frauduleuse. D'autre part, l'économie se porte beaucoup mieux lorsqu'un débiteur réintègre rapidement le monde des affaires et repart dans le circuit économique⁹⁰. Quand bien même il ne repartirait pas dans les activités commerciales, un débiteur libéré redevient un bon consommateur et participe au bon fonctionnement de cette même économie.

⁸⁹ R.F., SALVIN, « Student loans, bankruptcy, and the fresh start policy: must debtors be impoverished to discharge educational loans », *Tulane law review*, 1996, p. 174, cité par F., T'KINT et W., DERIJCKE, *op. cit.*, note 89, p. 432.

⁹⁰ F., T'KINT et W., DERIJCKE, *op. cit.*, note 89, p. 432.

La réelle fonction de l'excusabilité et aujourd'hui de l'effacement, n'incarne-t-elle plutôt « *un examen d'aptitude pour l'avenir* »⁹¹ ? De même qu'en droit pénal où une personne est emprisonnée afin de protéger la société, nous pouvons dire que l'effacement devrait être octroyé pour autant que le débiteur ne représente pas à nouveau une menace pour les autres acteurs commerciaux.

B) Une seconde chance qui se mérite ?

La seconde chance représente une utilité pour ce que l'on appellerait les « bons entrepreneurs »⁹². La plupart des faillis rentrent dans la catégorie des faillis « malheureux et de bonne foi ». Une procédure de faillite n'est pas une étape aisée dans la vie d'une personne et l'on constate que les ex-faillis ont souvent acquis une solide expérience devenant même d'excellents gestionnaires de crise. On comprend donc qu'il est intéressant pour l'ensemble des acteurs de laisser la possibilité d'une seconde chance.

Ce que le monde commercial peut attendre du *fresh start* c'est de pouvoir travailler avec des professionnels sérieux et compétents. Il ne s'agit pas ici d'une éventuelle mauvaise foi ou d'une fraude. Reprenons la question relative à la demande d'effacement requise par l'article XX.173, §2 du CDE. Peut-on raisonnablement placer sa confiance en quelqu'un qui ne prend pas la peine de demander l'effacement de ses dettes ? Quid d'un failli qui n'a jamais rempli correctement ses obligations comptables ? Pourquoi le ferait-il à l'avenir ? De la même manière, un failli qui ne vient pas rencontrer ses créanciers pour expliquer les raisons du non-succès de son entreprise peut-il restaurer la confiance dans le futur ?

La plupart des entrepreneurs exercent correctement leur métier mais pour cela, ils ont besoin que les règles du jeu soient respectées par l'ensemble des acteurs. Il est clair qu'il n'est pas nécessaire de prononcer la mort civile d'un failli peu consciencieux et de mettre ce dernier à l'écart tel un pestiféré. Le fait que l'effacement concerne les personnes physiques, renforce le côté éducatif de la procédure.

C) La seconde chance mais pas en entreprise...

Un autre moyen de venir contrer les effets négatifs de l'automatisme est la reprise des interdictions professionnelles remises à l'ordre du jour. Lorsque l'on veut conserver les avancées sur l'humanisation des conséquences de la faillite tout en conservant l'intégrité du

⁹¹ *Ibidem*, p. 436.

⁹² On remarque que l'on peut rapidement retomber dans les aspects moraux de la faillite décrits précédemment.

monde entrepreneurial, l'interdiction professionnelle pourrait être une bonne piste à suivre⁹³. Si auparavant les interdictions relevaient plus de la sphère criminelle⁹⁴, elle pourrait aujourd'hui compiler les intérêts de l'ensemble des parties. « *Le tribunal de l'insolvabilité qui a déclaré la faillite (...) peut s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée du failli a contribué à la faillite, interdire, par un jugement motivé, à ce failli d'exploiter, personnellement ou par interposition de personne, une entreprise* » (article XX 229 CDE).

Enfin, si l'on entend classiquement par « seconde chance » la possibilité pour le failli de redémarrer une activité, on peut sans doute trouver une interprétation plus individuelle et humaine de la notion. Si les revenus d'une nouvelle activité seront à l'abri des créanciers, il en sera de même pour des revenus d'un travail en tant que salarié.

On pourrait dès lors voir dans l'effacement un droit de se retirer des affaires. Pourquoi le permettre puisque cela ne servira plus à la création d'entreprise ? Rappelons que le failli personne physique, si ses dettes non soldées sont effacées, a d'abord dû liquider la totalité de son actif dont parfois sa propre maison. Il est parfois judicieux de mettre la sévérité de côté.

Section 4 : Autres conséquences d'un droit à la faillite

§1 : Un droit et une simplification pour faire baisser les fraudes

Les estimations, bien que non vérifiées, du nombre de faillites frauduleuses s'élèveraient entre 20 et 30% du nombre total de faillites⁹⁵ dans le monde des entreprises en difficulté. S. Gagnon, dans une étude⁹⁶, tente d'établir le profil type du fraudeur que l'on voit comme quelqu'un d'inventif et tacticien.

Dans le cas des fraudes en matière de faillite, surtout concernant les personnes physiques, on constate qu'il s'agit de commerçants malheureux qui cherchent à sauver ce qui reste de leur affaire. Ne soyons pas non plus naïfs et ne leur donnons pas le « Bon Dieu sans confession ». Il est toutefois difficile, dans certains cas, de faire la part des choses entre un comportement frauduleux et les actions désespérées d'un failli ruiné. Il ne faut pas non plus croire que le monde commercial est truffé d'individus malhonnêtes.

L'infraction de fraude doit continuer à être combattue de manière générale mais soyons conscients que la tentation de frauder est d'autant plus grande qu'il y a des possibilités de la

⁹³ S., BRIJS, S., JACMAIN, K., DE SMET et A., VAN HOE, *op. cit.*, note 70, p. 265.

⁹⁴ Art. 132 et s. de la *Loi sur les faillites*.

⁹⁵ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/004, p. 123.

⁹⁶ S., GAGNON, *L'évaluation de la structure de personnalité d'un échantillon de fraudeurs québécois judiciairisés*, mémoire de maîtrise, Montréal, École de criminologie, Université de Montréal, 2008, p. 8.

réaliser. En évitant le brouillard dans lequel se retrouvent parfois les acteurs d'une faillite, les possibilités de fraude sont limitées. La coopération ne doit donc pas seulement être envisagée dans la répression mais aussi dans la prévention afin de veiller à ce que les procédures se déroulent avec un maximum de transparence. La cohérence des différents systèmes réunis dans le livre XX CDE vont promouvoir cette clarté.

Dans le même ordre d'idées, la tendance vers la déculpabilisation de la faillite via notamment la possibilité d'un redémarrage rapide devrait, à notre avis, contribuer à faire baisser les faillites frauduleuses. Si un débiteur n'a plus à craindre les conséquences extrêmes d'une faillite, il aura moins d'intérêt à frauder.

§2 : Risque d'ébranlement du crédit

Dans le monde commercial, les entreprises s'accordent des crédits entre elles sous forme de délais de paiement. Si certaines exigences sont retirées dans le droit de la faillite, ces libertés ne pourront plus être permises.

C'est la notion centrale de crédit qui est derrière tout cela: pas uniquement le crédit bancaire mais le crédit qu'un entrepreneur accorde à un autre. Le crédit (credere) c'est croire et avoir confiance en quelqu'un ou quelque chose. Un crédit fournisseur témoigne donc la confiance qu'une entreprise octroie à son client. Il favorise le financement du cycle d'exploitation. Par exemple, octroyer un crédit-client à plusieurs jours et ne pas devoir exiger d'office le paiement à l'enlèvement. Perdre cette notion de crédit va conduire à un resserrement des moyens financiers disponibles pour l'entreprise mais va également pénaliser l'économie toute entière.

Section 5 : Un droit à la faillite, et après ?

Tout ce dont nous avons parlé jusqu'à présent concerne essentiellement le moment de la faillite mais qu'en est-il de la suite des événements ? L'effacement des dettes sera bel et bien effectif mais la seconde chance tant prônée sera-t-elle pour autant possible ? Dans la pratique, cela peut prendre des mois, voire des années pour que l'entrepreneur soit officiellement « lavé » du blâme de la faillite. Cette longue attente, lourde conséquence de nos mentalités condescendantes vis-à-vis de la faillite, ne permet pas aux entrepreneurs faillis de démarrer rapidement et facilement une nouvelle affaire.

Avant 1997, un failli devait être réhabilité pour se relancer dans le commerce. Une forme de certificat de confiance pouvait y être vue. Comme déjà relevé plus haut, les entrepreneurs

dénoncent les abus de l'emploi d'outils tels les PRJ ou les faillites. L'avantage, ou le problème pour les faillis de bonne foi, c'est que la sanction de la rupture de confiance tombera d'elle-même. Un failli malheureux et de bonne foi peut devenir à terme un excellent entrepreneur. Sa relance pourrait toutefois bien se voir freiner par le manque de confiance véhiculé par des bases de données sur les faillites.

Les objectifs de la loi visent à favoriser la seconde chance mais dans un même temps, Les noms de personnes liées à une faillite sont retrouvés dans des fichiers commerciaux comme par exemple Graydon. La seconde chance sera entravée si les faillis demeurent fichés à vie dans des bases de données commerciales reprenant l'historique d'un entrepreneur.

Chapitre 2 : Equilibre entre la seconde chance et les droits du créanciers

Dans la continuité des développements sur les conséquences d'un droit à la faillite, nous nous penchons désormais sur l'équilibre qui existe entre l'objectif de seconde chance et les droits des créanciers. Outre le respect de leurs droits et de leur situation individuelle, les procédures relatives à l'insolvabilité et au *fresh start* peuvent avoir également des impacts sur le fonctionnement du marché dans sa globalité (*Section 1*). Nous examinerons ensuite deux types de créanciers occupant une place particulière au sein du droit de l'insolvabilité : les travailleurs et le secteur bancaire (*Section 2*).

Section 1 : La protection des créanciers mise à mal ?

§1 : Un choix posé, assumé et justifié

Nous l'avons souligné, l'excusabilité était venue apporter un grand revirement au sein de cet arbitrage entre créanciers et failli. Aujourd'hui, le livre XX va encore plus loin avec, par exemple, l'effacement des dettes non soldées ou encore la réduction de la consistance de la masse.

Assez logiquement, les faillis obtenant une faveur, d'autres stakeholders concernés par la procédure de faillite risquent d'en pâtir. Protéger le débiteur et lui faciliter la vie ne doit-il pas se faire en proportion des droits des créanciers qui, rappelons-le, peuvent se retrouver en difficulté suite aux impayés ? Que deviennent-ils dans tout cela ? Quand « le créancier » est mentionné, c'est toujours l'agent du fisc aux abois ou le banquier sans scrupule qui vient à l'esprit. Ceux-ci survivront à la faillite car ils sont capables de mutualiser le risque de défaut. Qu'en est-il en revanche des créanciers moins bien protégés et moins solides tels des PME sous-traitantes, grossistes ou des prestataires de services qui ne peuvent se permettre le luxe de compter un débiteur en défaut dans leur comptabilité ?

Opérant un arbitrage entre différents intérêts, le législateur pose un choix assez lourd sur le plan juridique que nous aimerions rappeler. Au détriment du droit des contrats, il fut décidé de mettre fin à des conventions et surtout d'éteindre des dettes sans avoir besoin du consentement de l'autre cocontractant. Il est inutile d'énumérer à nouveau les nombreux bienfaits de ce choix que nous avons déjà repris dans les parties précédentes. Il est cependant intéressant de se demander jusqu'à quel point cet arbitrage, qui autrefois prenait le parti des créanciers, va opérer.

§2 : Le rôle de la faillite

Les enjeux initiaux sur lesquels est basée la notion de faillite sont parfois oubliés. D'un point de vue économique, la faillite exerce une fonction de police. Elle vient stopper les entreprises qui exercent leur activité en dehors des règles « normales » du monde des affaires. Le problème d'une entreprise qui ne fonctionne pas, c'est qu'elle crée, à partir d'un moment, de la concurrence déloyale. L'entreprise qui ne paie pas ses dettes, ses cotisations sociales et qui accumule les pertes parce qu'elle pratique des prix inférieurs aux concurrents vient fausser le marché. Dans l'idée d'obtenir un vrai marché libéré au sein d'une économie saine, l'entière des acteurs doit jouer dans les mêmes conditions et l'acte de faillite est le couperet qui empêche que ces règles soient outrepassées.

Une fois cette fonction de garde-fou remplie, c'est la fonction juridique de la procédure de faillite qui entre en scène. Si l'article XX.39 CDE relatif à la réorganisation judiciaire indique clairement un objectif de continuité, c'est totalement l'inverse qu'énonce l'article XX.98 CDE⁹⁷ : « *la procédure de faillite a pour but de mettre le patrimoine du débiteur sous la gestion d'un curateur, chargé d'administrer le patrimoine du failli, de le liquider et de répartir le produit de la liquidation entre les créanciers* ». Ce second rôle n'a plus espoir de sauver les activités du failli mais de répartir le restant des actifs.

Section 2 : De quelques créanciers les plus fréquents

Bien qu'ils soient légion, nous avons choisi de rencontrer seulement deux catégories de créanciers particulièrement fréquents dans les procédures de faillites. Le secteur des banques est sans doute le plus omniprésent dans le financement des entreprises et se retrouve donc souvent confronté au phénomène de la faillite (§2). Si notre première catégorie est habituée au risque de faillite et est capable d'y faire face, une autre catégorie de créanciers se doit de jouir d'une protection : les travailleurs (§1).

§1 : Les travailleurs de l'entreprise

A) Des créanciers pas comme les autres

Les organisations représentatives des travailleurs lors de l'audition du front commun syndical relèvent que les travailleurs se voient souvent victimes des faillites des entreprises⁹⁸. Ces derniers sont des créanciers un peu particuliers car ils n'ont pas de possibilité de prendre une quelconque garantie. Ils sont d'ailleurs qualifiés de « *non-adjusting creditors* ».

⁹⁷ S., BRIJS, S., JACMAIN et K., DE SMET, *op. cit.*, note 70, p. 11.

⁹⁸ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/004, p. 123.

Malgré cela, les travailleurs disposent d'un privilège général sur l'ensemble de l'actif de la masse via l'article 19, 3^oter de la loi hypothécaire⁹⁹. Ils ne sont donc pas abandonnés au dernier rang aux côtés des créanciers chirographaires. Enfin, ils bénéficient en dernier recours du Fond de fermeture des entreprises¹⁰⁰. Ce dernier n'est pas là pour être une règle générale d'indemnisation mais bien comme une ultime protection pour des travailleurs impayés.

Ces protections sont elles pour autant suffisantes ? D'une part, les syndicats souhaiteraient que les travailleurs bénéficient d'une meilleure protection. D'autre part, il est soutenu que les dettes résultant de prestation de travail ne devraient pas se voir suspendues par un plan de réorganisation judiciaire¹⁰¹ voire même que leurs créances ne soient pas concernées par l'effacement.

Enfin, parmi les critiques contre la réforme considérée comme néfaste pour l'emploi, elles avaient surtout été virulentes concernant l'introduction de la faillite silencieuse¹⁰². Cette mesure a finalement été abandonnée. Nous ne nous y arrêterons pas.

B) Un sacrifice pour l'intérêt général

Compte tenu de ce contexte particulier, les organisations syndicales ne voient pas d'un bon œil les mesures tendant à favoriser les débiteurs faillis au détriment des créanciers de l'entreprise. Un facilitement de la mise en faillite et les autres mesures qui visent à mettre fin de manière plus aisée ne tiendraient pas assez compte des travailleurs. Ils craignent, en effet, que la réforme soit néfaste pour les emplois puisqu'une faillite signifie la suppression de ces derniers au sein de l'entreprise.

Outre le côté humain, la seconde chance se veut promotrice de la création d'entreprises et parallèlement, cela devrait entraîner une création d'emplois. En partant de l'hypothèse que la création des nouvelles entreprises viendra compenser la suppression de postes accélérée par la facilitation de la faillite, est-il juste de sacrifier certains emplois pour en créer d'autres ? Là où

⁹⁹ Loi du 16 décembre 1851 - Loi hypothécaire, *M.B.*, 22 décembre 1851.

¹⁰⁰ CGSLB, « Fermeture ? Faillite ? », p. 7, disponible sur <http://www.cgsלב.be/sites/default/files/publicaties/brochure-fermeture-faillite-2013.pdf> (consulté le 11 avril 2018).

¹⁰¹ M., KOCHEKI et A., THIENPONT, « Réforme du droit de l'insolvabilité en vue », *Echo-FGTB*, juin 2017, p. 3.

¹⁰² R., DE LEEUW en M., GOBLET, « Flitsfaillissement nefast voor werknemers », *De Tijd*, 31 mai 2017, p. 10 ; Pour une brève explication de la faillite silencieuse et des rebondissements s'y afférant, voyez S., JACMAIN, S., BRIJS, A., VAN HOE et K., PARIADAEN, « De preprocedurale reorganisatie onder Boek XX : opsporing van ondernemingen in moeilijkheden, voorlopige maatregelen, het buiten gerechtelijk minnelijk akkoord en (de exit) van het stil faillissement », *R.D.C.*, mars 2003, p. 235.

certaines crieront à la sauvegarde du droit des travailleurs, d'autres invoqueront la nécessité entrepreneuriale.

Dans une réflexion moins idéologique, une considération finale s'impose : les travailleurs sont des créanciers privilégiés relativement bien positionnés dans la hiérarchie légale de l'article 19 de la loi hypothécaire. Le principal risque est donc qu'il ne reste pas suffisamment d'actifs pour les désintéresser entièrement (sans tenir compte de la lourdeur d'un licenciement). Partant de ce constat, n'est-il pas plus intéressant pour des travailleurs d'avoir une procédure de faillite débutée dans les temps, quand il reste encore des actifs dans l'entreprise, plutôt que de se retrouver au beau milieu d'une Bérézina ? La facilitation et la déculpabilisation de la mise en faillite d'une entreprise devrait contribuer à ce qu'elle soit justement prise à temps et qu'elle puisse se dérouler dans de bonnes conditions.

§2 : Un créancier de taille : les banques¹⁰³.

Les créanciers dont les banques sont conscients de la nécessité de permettre aux entrepreneurs de prendre des risques. Dans son ensemble, la réforme fraîchement introduite est considérée comme bénéfique (A). En revanche, comme nous l'avons déjà souligné, la favorisation de la seconde chance fait pencher l'équilibre de la balance en faveur des faillis. Quels seraient les impacts potentiels sur le marché des crédits bancaires ? (B).

A) Une réforme saluée

Dans son rapport, Febelfin souligne de nombreux points positifs de la réforme et les avancées qu'elle devrait permettre. On retient notamment la cohérence et la lisibilité des procédures, la meilleure transparence dans les informations via le Registre central de la Solvabilité et assez étrangement l'effacement de dettes après la faillite. Rationnellement, le secteur représentant les créanciers par excellence a bien conscience qu'il n'est pas économiquement rentable de poursuivre des débiteurs ruinés jusqu'à la fin de leurs jours. L'heure n'est néanmoins pas à la naïveté. Pour éviter les récidives, l'article XX.239 CDE vient développer les interdictions professionnelles.

Les nouvelles règles concernant le concours entre les saisies et les procédures de réorganisation judiciaire sont aussi bien accueillies. Il s'agit justement de limiter les abus de procédures, les instrumentalisation qui visent à bloquer des mesures d'exécution. L'idée est d'empêcher des entreprises au bord du gouffre d'utiliser les procédures de réorganisation

¹⁰³ T., BOEDTS et H., COLMAN, « Hervorming van insolventie recht – Boek XX WER », Hoorzitting Commissie voor Handels- en Economisch recht – 10 mei (consulté le 10 mars 2018).

judiciaire pour simplement gagner du temps ou pire, pour liquider à leur profit un maximum d'actifs.

En revanche des inquiétudes subsistent toujours sur le recouvrement des droits, mis en suspens par des procédures de remise en état ou de réorganisation judiciaire, lorsqu'elles n'aboutissent pas ou se mutent en faillite.

B) L'augmentation du coût du crédit

Créanciers de première ligne, les institutions bancaires doivent gérer les risques et veiller à se protéger des difficultés d'ordre financier de leurs débiteurs. Le risque de ne pas être remboursé de la totalité de sa créance, aussi appelé « risque crédit », est sensiblement accru via des mécanismes comme l'excusabilité ou l'effacement.

Dès l'originisation d'un crédit, les banques doivent constituer des provisions. En fonction de la typologie du produit, du risque et des statistiques de perte qui y sont relatives, le montant de ces provisions nécessaires varie. L'impact de la réforme sur ces statistiques de perte aura aussi une répercussion sur le pricing des crédits. Il est encore trop tôt pour déterminer s'il sera positif ou négatif. S'il devait s'avérer négatif pour le crédit, les banques vont sans doute devoir augmenter leurs provisions et revoir l'adéquation de leur besoin de fonds propres conformément aux réglementations du secteur. L'augmentation de ces deux composantes entraînera une augmentation du coût du crédit pour les preneurs.

Deuxièmement, toujours pour des questions de coût, les crédits ne sont pas toujours couverts par des garanties ou du moins des garanties complètes. En supposant un impact négatif de la loi sur le recouvrement de crédit, les banques risquent donc de demander plus de garanties mais surtout plus de garanties complètes. Par exemple, les simples mandats pourraient être remplacés par des hypothèques pleines.

L'obtention d'un crédit serait dès lors plus onéreuse et cela irait à l'encontre de la réforme qui se veut justement promotrice de l'entrepreneuriat.

Section 3 : Solutions ou compensation à ce changement d'équilibre

§1 : Réintroduction de la responsabilité des dirigeants.

Quelque peu aux antipodes des objectifs du livre XX CDE, des auteurs souhaiteraient introduire une responsabilité plus importante pour les dirigeants d'entreprise. En sus, ils

envisagent même une responsabilité pénale. L'idée est de contrer une baisse de la responsabilité des dirigeants d'entreprises qui viendraient profiter des faveurs de la faillite¹⁰⁴.

Nous ne nous positionnerons pas sur la question des personnes morales car cela s'éloigne trop de notre sujet mais quid de la même solution pour notre effacement de dettes ? Nous pensons que cela devrait être un non catégorique. Réintroduire une plus grande responsabilité pour les faillis afin de lutter contre l'un ou l'autre mouton noir du troupeau ne pourrait justifier de terrasser les objectifs de la réforme du droit de l'insolvabilité. Où se situerait la volonté de déculpabiliser la faillite d'un point de vue moral et sociétal ? Cette responsabilité viendrait constituer « *un sombre nuage à l'horizon* »¹⁰⁵ de la réforme.

§2 : La continuité comme solution préventive à la mise à mal des droits des créanciers ?

Il est crucial d'éviter des faillites en cascade où un maillon d'une chaîne contractuelle viendrait mettre en péril la solvabilité des autres acteurs économiques. Pour ce faire, il s'agit de traiter et d'accompagner les entreprises dès que les premiers signes d'insolvabilité apparaissent. D'un autre côté, il ne faut pas non plus créer une concurrence déloyale dans laquelle des entreprises bénéficiant des procédures de prévention de la faillite viennent se mettre à l'abri de leurs créanciers tout en continuant à exercer leurs activités commerciales. On comprend donc bien la difficulté d'articuler ces deux impératifs.

§3 : La *reaffirmation* des dettes

La *reaffirmation* est une pratique intéressante provenant des Etats-Unis. Il s'agit d'un accord conclu entre un débiteur failli ayant bénéficié de la *discharge* de tout ou partie de ses dettes (l'équivalent de notre effacement) et un de ses créanciers. L'idée consiste à ce que le débiteur rembourse un ou plusieurs de ses créanciers bien qu'il ne leur soit plus redevable. Ce mécanisme opère uniquement sur une base volontaire du failli. Quand un débiteur s'engage à payer ce type de dettes, il doit conclure un *reaffirmation agreement* avec le créancier qu'il compte payer¹⁰⁶.

Des conditions spécifiques sont requises compte tenu du caractère obligatoire que la nouvelle dette va endosser. Le failli perd le bénéfice de la *discharge* et il ne pourra plus l'invoquer

¹⁰⁴ G., LINDEMANS et J., VANANROYE, « Het einde van de wereld die we kennen is nabij », *T.R.V.*, 2015, p. 702. Les auteurs parlent, non pas des entreprises personnes physiques, mais bien des personnes morales. Nous opérons une réflexion analogique pour le cas des personnes physiques.

¹⁰⁵ G., LINDEMANS et J., VANANROYE, « Schuldeisersbescherming in het venootschapsrecht: een rouwbericht », *op. cit.*, note 85, p. 10.

¹⁰⁶ INVESTOPEDIA, « Reaffirmation », disponible sur <https://www.investopedia.com/terms/r/reaffirmation.asp> (consulté le 11 mai 2018); un exemple de reaffirmation agreement est disponible sur <http://www.lawb.uscourts.gov/sites/lawb/files/forms/b240.pdf> (consulté le 12 mai 2018).

ultérieurement. Compte tenu des importances conséquences, il faut bien entendu connaître le montant exact pour lequel on se réengage, des délais de paiements stipulés et surtout des actions dont disposera le créancier si le failli ne remplit pas ses obligations de paiement. L'avocat du débiteur doit déposer auprès du tribunal une attestation affirmant que le débiteur a la capacité de rembourser la dette sans risquer de préjudices financiers¹⁰⁷.

Les raisons d'effectuer une *reaffirmation* peuvent être diverses. La première raison repose simplement sur une question de principes dans le chef du débiteur. Celui-ci revenu à meilleure fortune pourrait avoir l'envie d'honorer ses anciennes dettes. L'ancien failli a parfois un intérêt économique à honorer ses anciennes dettes pour une question de crédibilité vis-à-vis de ses partenaires commerciaux. De plus, ces derniers pourraient conditionner de nouveaux prêts au remboursement d'une ancienne dette. Enfin, la *reaffirmation* viendrait sortir les cautions du failli d'une situation délicate. Elles ne bénéficient pas de l'effacement, sauf exceptions¹⁰⁸.

§4 : Un équilibre resté stable

L'équilibre des droit et des intérêts n'est pas pour autant fondamentalement bouleversé. L'excusabilité opérait déjà en faveur des débiteurs. De plus, la phase clé pour les créanciers dans une faillite ne se situe pas à la clôture de la procédure mais plutôt au moment de la répartition de l'actif disponible : l'enjeu est de connaître sa place dans l'ordre des privilèges.

¹⁰⁷ CITY BAR JUSTICE CENTER, « Bankruptcy : Understanding Reaffirmation Agreements », 12 juillet 2013, disponible sur <https://www.citybarjusticecenter.org/wp-content/uploads/images/stories/publications/understanding-reaffirmation-agreements.pdf> (consulté le 11 mai 2018); S., RIDDLE, « Reaffirmation agreement in bankruptcy – The basics », disponible sur <https://www.gabankruptcylawyersnetwork.com/2014/05/reaffirmation-agreements-in-bankruptcy-the-basics/> (consulté le 11 mai 2018).

¹⁰⁸ *Ibidem*.

Chapitre 3 : La continuité des entreprises pour le meilleur et pour le pire

Faut-il sceller le sort des entreprises présentant des difficultés pour régler le problème une fois pour toutes ou faut-il se retrousser les manches pour leur offrir une pérennité ? Dans un souci de clarté, nous exposons initialement un bref contexte de la loi sur la continuité des entreprises et de son intégration dans le livre XX CDE (*Section 1*). Nous enchaînons avec une réflexion sur l'avenir de la continuité face aux modifications apportées à la faillite ainsi que sur ses bienfaits et ses méfaits pour les différents acteurs de l'insolvabilité (*Section 2*).

Section 1 : Contexte et enjeux

§1 : La loi sur la continuité des entreprises de 2009

A) Une législation née dans la douleur

Avant 2009, l'appareil législatif belge n'était pas dénué de toute mesure de soutien et de prévention de la faillite mais les outils existants souffraient d'un manque de mise en pratique. La loi sur la continuité des entreprises de 2009¹⁰⁹ est donc venue réformer le concordat judiciaire.

Cette législation s'inscrit clairement dans les réactions du législateur visant à faire face à la crise économique qui a frappé l'Europe en 2008. Ces mesures tombent à point nommé pour soutenir les trop nombreuses entreprises victimes des mauvaises conditions économiques. L'objectif ambitieux de la continuité des entreprises en 2009 était d'endiguer la vague de faillite record connue en 2008. Il était impératif et urgent de permettre aux entreprises en difficulté de se réorganiser plus favorablement et surtout d'obtenir une meilleure efficacité conséquemment aux mesures prises. Cette législation a donc offert une série de moyens indispensables aux entreprises en difficulté pour qu'elles puissent se redresser et constitue dès lors un levier économique important¹¹⁰.

On conçoit bien que redresser une entreprise est loin d'être une mince affaire surtout sur le plan des choix politiques. Il faut mettre en balance divers intérêts : d'une part, il y a la liberté pour entrepreneur de pouvoir piloter son entreprise de son propre chef, d'autre part, il ne faut pas oublier la protection des autres stakeholders tels les créanciers dont les fournisseurs et les

¹⁰⁹ Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.

¹¹⁰ S., DE CLERCK, « Préface », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-neuve, Anthémis, 2010, p. 9 ; P., LAMBRECHT, « Du concordat judiciaire à la continuité des entreprises », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-neuve, Anthémis, 2010, p. 11.

travailleurs¹¹¹. De plus, comme nous l'avons énoncé plus haut, le législateur a posé le choix de favoriser les débiteurs et ce, au détriment immédiat des créanciers. Immédiat, car permettre la seconde chance est globalement favorable à tous sur un horizon à long terme.

B) Les apports de la loi de 2009

L'importance de l'enjeu de cette nouvelle législation pour le moins originale (en 2009) fut de tenter de sauver les activités d'une entreprise ainsi que le personnel qui y travaille. Plutôt que d'adopter une attitude rigoriste en envoyant directement vers la faillite ceux qui ne pouvaient pas s'acquitter de leurs dettes dans les délais impartis, la loi sur la continuité des entreprises proposait des aménagements salvateurs. Un important constat s'était en effet dessiné autour de la loi : l'objectif principal des mesures relatives à l'insolvabilité n'était plus uniquement le désintéressement des créanciers aux abois¹¹².

Elle se démarquait via un dispositif de report de dettes et d'aménagement des paiements pour venir encourager la bonne restructuration d'une entreprise en difficulté. Nous retiendrons aussi parmi ces mesures, l'apparition d'un nouvel acteur : le médiateur d'entreprise. Il a permis de grandement faciliter la conclusion d'accords à l'amiable entre les débiteurs et leurs créanciers. Il peut aussi apporter sa contribution à la reprise de tout ou partie des activités de l'entreprise. Cette dernière solution permet notamment de sauver des emplois, qui rappelons-le, disparaissent à la suite d'une faillite¹¹³.

Le principal avantage de ces nouvelles dispositions fut qu'elles proposaient une large gamme de solutions aux entreprises concernées par d'éventuelles réorganisations. Ce faisant, ces dernières ont multiplié les chances de choisir la ou les solutions les plus adaptées à leur situation.

C) Une correction en 2013

On peut constater, chiffres à l'appui, que la loi de 2009 a contribué fortement à ce que des entreprises profitent des mécanismes de continuité mis en place. De 68 sur l'année 2008, sous le concordat, le nombre de procédures a atteint les 1537 en 2012 sous la loi de 2009. L'entreprise *Graydon* relativise toutefois ce succès chiffré : les procédures introduites ne signifient pas un sauvetage de l'entreprise : 70% des entreprises recourant aux procédures

¹¹¹ P., LAMBRECHT, *op. cit.*, note 110, p. 11.

¹¹² S., DE CLERCK, *op. cit.*, note 110, p. 9 ; A., ZENNER, « La procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-neuve, Anthémis, 2010, p. 115.

¹¹³ S., DE CLERCK, *Ibidem*, p. 9 ; P., LAMBRECHT, *Ibidem*, p. 11.

finiraient tôt ou tard par être déclarées en faillite. Les procédures étaient apparemment ouvertes inutilement voire même abusivement¹¹⁴.

Un remaniement s'imposait donc et il eut lieu via la loi du 27 mai 2013. Celui-ci a permis également de mettre fin à certains abus, « *même s'il est évident que la créativité des dirigeants de toute entreprise en difficulté, de même que de ceux qui les conseillent, est sans limite* »¹¹⁵. La réforme de la loi de 2009 s'avéra plutôt positive via notamment un resserrement des conditions d'ouverture de la procédure et des dispositions anti-abus. Il fut aussi donné aux juges des moyens de lutter contre les débiteurs qui n'appliquent pas la réorganisation judiciaire avec fairplay.

§2 : Le livre XX CDE

Le livre XX CDE vient abroger la loi sur la continuité des entreprises de 2009. Désormais, c'est sous Titre II « Détection des entreprises en difficulté » que sont inscrites les dispositions relatives à la prévention de la faillite. Il s'agit des articles XX.21 et suivants du CDE. De ce fait, il conforte son choix d'établir deux procédures distinctes d'insolvabilité que sont la continuité et la faillite¹¹⁶.

Déjà maintes fois salué, l'effort de codification rationnelle du livre XX constitue l'un des principaux mérites de la réforme. Le rassemblement sous un texte unique des différentes dispositions relatives à l'insolvabilité, va permettre de faire apparaître une ligne du temps claire de la situation d'une entreprise¹¹⁷. Les premiers indices de difficultés pourront donner lieu à une enquête commerciale. Il s'enchaînera éventuellement une procédure de réorganisation judiciaire qui, en cas d'échec, s'ensuivra d'une procédure de faillite. Cette dernière mettant définitivement fin à la périlleuse situation de l'entreprise. La personne physique pourra finalement bénéficier des mécanismes d'effacement des dettes exposés plus haut et profiter d'une seconde chance.

¹¹⁴ C., ALTER, et A., ZENNER, *La loi sur la continuité des entreprises revisitée par la loi du 27 mai 2013*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 115.

¹¹⁵ P., DELLA FAILLE, « La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises : plus qu'une simple réparation? », Louvain-la-Neuve, Anthémis, p. 276, disponible sur https://www.lydian.be/sites/default/files/uploads/publications/droafjs_g.pdf (consulté le 14 avril 2018).

¹¹⁶ S., BRIJS, S., JACMAIN, K., DE SMET et A., VAN HOE, *op. cit.*, note 70, p. 256.

¹¹⁷ D., SAVATIC, « Le nouveau droit de l'insolvabilité : tout aboutissement a un commencement », *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 31.

Section 2 : La continuité pour le meilleur et pour le pire

D'un autre côté, comme décrit précédemment, il vaut parfois mieux stopper les frais et mettre une bonne fois pour toutes l'entreprise en faillite afin de redémarrer sur des bases saines plutôt que de la laisser prendre l'eau.

§1 : L'efficacité via un bon timing

L'importance de ces mécanismes est avant tout de les solliciter en temps et en heure. Pour cela, il faut aussi une grande rigueur dans les déclarations de faillite. Bon nombre d'entreprises font appel à l'aide des outils de la loi de 2009 seulement lorsqu'elles ont la corde au cou¹¹⁸. Lorsque l'insolvabilité est à un stade trop avancé, il est parfois impossible de sauver l'entreprise et il vaut mieux sans doute la mettre en faillite plutôt que de la regarder tomber de Charybde en Scylla. La déculpabilisation de la faillite dont nous avons déjà soulevé les bienfaits devrait à notre sens permettre ce changement de mentalité nécessaire à l'adoption d'un bon timing.

§2 : Facilité de la faillite au détriment de la continuité

Si la faillite ne doit plus être crainte, ne faut-il pas prendre des mesures préventives ? Les dispositions des articles XX.21 et s. CDE répondent à cette idée de prévention. Elles ont une mission de détection et visent à éviter la faillite. L'objectif est bien assurément louable mais la facilitation de la mise en faillite et surtout ses conséquences, ne va-t-elle pas conduire à ce que les débiteurs en difficulté soient poussés à choisir la voie de la faillite plutôt que celle de la continuité ?

Sans avoir poussé l'analyse sur le sujet, il se pourrait que des débiteurs voient un intérêt économique à choisir la faillite plutôt que la continuité : pourquoi essayer de sauver son entreprise s'il est plus simple de laisser la faillite opérer et de redémarrer rapidement une autre activité sans être poursuivi par les dettes de sa précédente activité. Rappelons-nous toutefois, que si elle est aménagée favorablement, la faillite induit tout de même une liquidation de l'ensemble des biens du débiteur. Cela reste une procédure lourde de conséquences pour le failli.

La jonction des lois sur la continuité des entreprises et sur les faillites au sein d'un même outil législatif contribuera certainement à orienter le débiteur vers la meilleure solution. Si en

¹¹⁸ P., LAMBRECHT, *op. cit.*, note 110, p. 11.

revanche les craintes s'avèrent justes, on se posera alors la question de l'utilité de ces dispositions sur la continuité des entreprises.

§3 : La continuité plus néfaste que salvatrice¹¹⁹ ?

Favoriser l'entrepreneuriat, ne pas être pointé du doigt lorsque l'on fait faillite est donc essentiel, mais le non-paiement de ses dettes est hautement néfaste pour le reste des acteurs liés à l'entreprise en difficulté. Les créanciers ne peuvent toutefois pas être balayés d'un revers de la main malgré le choix politique et économique de favoriser le sauvetage et la réinsertion des débiteurs¹²⁰.

Les dispositions relatives à la continuité pourraient donc avoir de mauvaises répercussions sur la situation des autres créanciers. Il ne s'agit plus de simplement favoriser les créanciers ou le débiteur mais bien qu'en aménageant la situation d'une entreprise en difficulté, on mettrait les créanciers eux-mêmes en difficulté.

A) Une efficacité conditionnée

Le professeur Grégoire rappelle d'ailleurs que l'objectif de continuité des entreprises en difficulté ne doit pas se réaliser au détriment des entreprises saines et fortes¹²¹. La loi fut conçue pour les débiteurs en difficulté qui présentent des projets réalistes à temps et non pour les débiteurs à la dérive qui tentent de s'accrocher à ce qu'ils peuvent. Si de toute façon, la société ne repartira jamais, pourquoi encore lui offrir des facilités au détriment de ses créanciers ?

Une entreprise qui poursuit son activité alors qu'elle est en cessation de paiement et en ébranlement de crédit, va forcément creuser son passif et faire plus de dégâts que si elle avait été arrêtée tout de suite. Un couperet est parfois nécessaire. Le rôle de la faillite que nous avons présenté vient justement stopper cet effet indésirable qui viendrait mettre à terre les objectifs de la continuité.

B) Une bouée de sauvetage pour les uns, un boulet pour les autres

Dans le milieu des PME, la trésorerie est le nerf de la guerre. Dès lors, un manque de trésorerie n'est pas toujours dû à une mauvaise gestion, des mauvais prix mais parfois à des

¹¹⁹ E., VAN DEN BROEL, « Le cout économique des retards de paiement approche les 10 milliards d'euros », 18 janvier 2018, disponible sur <https://graydon.be/fr/blog/le-cout-economique-des-retards-de-paiement-approche-les-10-milliards-deuros> (consulté le 12 avril 2018).

¹²⁰ A., ZENNER, *op. cit.*, note 112, p. 115.

¹²¹ M. GREGOIRE, « Le point de vue des créanciers face à la réorganisation des l'entreprise de leur débiteur », *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire : actualités et pratique*, Coll. CUP, vol. 120, Liège, Anthémis, 2010, p. 208.

créances qui ne rentrent pas. En effet, en sus de sa propre gestion, une entreprise est confrontée à des coûts résultant des retards de paiement. Avec l'ébranlement de crédit, les assureurs crédits vont resserrer leur taux. Au moment crucial où notre PME saine et relativement solide voit ses rentrées d'argent non exécutées, au même moment ses possibilités de crédits diminuent. C'est à partir de là qu'une PME solvable devient une entreprise en difficulté. Malgré sa bonne gestion initiale, une entreprise peut être victime de ses débiteurs. Ses créanciers en viendraient à leur tour à demander des PRJ et l'on assiste à un effet boule de neige.

Le dilemme porte ainsi sur des préoccupations tant microéconomiques que macroéconomiques. En effet, la continuité d'une entreprise ne peut se faire au détriment d'une saine concurrence¹²². « *Les services de dépistage ont pour vocation, lorsqu'un redressement s'avère impossible, de veiller à ce que la faillite soit prononcée sans retard et ce pour éviter de porter préjudice aux créanciers et (ou) aux concurrents* »¹²³.

C) Des retards de paiements qui coûtent

En parallèle aux procédures liées à la continuité des entreprises, il ne faut pas oublier que l'effort pour redresser une entreprise en difficulté est fourni par ses créanciers. De manière générale, le non-paiement des factures entraîne des dépenses parfois importantes. Des frais sont associés aux procédures de recouvrement mais le préfinancement génère lui aussi des coûts financiers. Une entreprise ne dispose pas toujours de suffisamment d'argent pour lancer le cycle de production suivant lorsqu'un bien ou un service n'est pas payé dans les délais contractuellement prévus. Il faut alors le préfinancer via, par exemple, un crédit auquel sont joints des intérêts. Dans le contexte actuel, il faut reconnaître que les taux sont historiquement bas. Plus le paiement tarde, plus l'argent nécessaire à préfinancer la production est important.

N'oublions pas qu'outre ces frais supplémentaires, tout ou partie de ces factures ne sera jamais payé suite à la faillite du débiteur et à l'effacement qui s'ensuit. Ces coûts que nous qualifierons « d'anormaux » influencent le résultat net d'une entreprise et peuvent générer des pertes. Selon les chiffres de l'entreprise Graydon, le dommage économique causé par des paiements dépassant les 30 jours après la date de facturation s'élèverait à plus ou moins 9,5

¹²² A., VALLERY et E., HUJOEL « La loi sur la continuité des entreprises à l'épreuve du droit de la concurrence », *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité – Etats généraux de la continuité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 651.

¹²³ M., DUPLAT cité par A., ZENNER, « Difficulté d'application de la loi sur la continuité des entreprises et projet de loi d'ajustement », 27 mars 2013, p. 4, disponible sur <http://www.oecbb.be/image/27-03-13.pdf> (consulté le 14 avril 2018).

milliards d'euros¹²⁴. Ce montant représenterait près de 20.000 emplois : il n'y aurait donc pas que la faillite qui soit néfaste pour le marché de l'emploi.

D) Les accords amiables

Il reste qu'il faut aussi tendre à favoriser les accords amiables entre les différentes parties en dehors du cadre des lois où finalement, chacun tente de sortir son épingle du jeu en interprétant les règles juridiques à son avantage.

Le livre XX, en son article XX.37, permet justement ce genre d'accord : « *le débiteur peut proposer à tous ses créanciers ou à deux ou plusieurs d'entre eux un accord amiable en vue de réorganiser tout ou partie de ses actifs ou de ses activités* ». La renaissance de ces accords est une innovation portée par le livre XX. Les articles XX.36 à XX.38 doivent permettre d'introduire cette liberté de recherche de solutions pragmatiques¹²⁵.

L'accord amiable extrajudiciaire consiste essentiellement en un accord conclu entre le débiteur et certains de ses créanciers. Ces derniers acceptent, via des termes convenus, des mesures destinées à rétablir la situation financière de l'entreprise débitrice. Ces types d'accords existent déjà dans les plans de réorganisation judiciaire mais comme leurs noms l'indiquent, ils sont réalisés sous contrôle judiciaire et sont encadrés par la loi. Dans le cas des accords amiables, les parties ont une autonomie quasi illimitée leur permettant d'agir dans l'intérêt de chacun¹²⁶.

¹²⁴ E., VAN DEN BROEL, *op. cit.*, note 119.

¹²⁵ I., VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, note 46, p. 203.

¹²⁶ S., JACMAIN, S., BRIJS, A., VAN HOE en K., PARIADAEN, *op. cit.*, note 102, p. 233 ; K., BYTTEBIER, E., DIRIX, M., TISON et M., VANMEENEN, *Gerechtigke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010, p. 47.

Chapitre 4 : Les sûretés

L'influence de l'effacement des dettes et autrefois de l'excusabilité sur le sort des sûretés préoccupe grandement les titulaires de ces garanties. Nous avons estimé important de traiter de la question de la survie des sûretés, accessoires des dettes, à l'effacement (*Section 1*). La situation des sûretés personnelles vient poser plus de questionnements que celle des sûretés réelles. Nous leur consacrons donc la seconde partie de ce chapitre (*Section 2*). Enfin, nous proposons quelques réflexions au sujet de l'influence de l'effacement sur l'évolution de l'utilisation des sûretés (*Section 3*).

Section 1 : Les sûretés en péril ?

§1 : Inquiétudes sur la survie des sûretés à l'effacement

Un effacement de la dette implique l'effacement de ses accessoires. Ce nouveau principe va-t-il venir bouleverser la raison d'être des sûretés ? Ce ne sera pas le cas, du moins en théorie¹²⁷. Les articles XX.173, §1^{er} et l'article XX.175 semblent en effet venir balayer les inquiétudes concernant la survie des sûretés tant réelles que personnelles après l'effacement des dettes. En effet, il est précisé que la libération se fera « *sans préjudice des sûretés réelles données par le failli ou un tiers* »¹²⁸ et que « *l'effacement ne profite pas aux codébiteurs ni aux constituants de sûretés personnelles* »¹²⁹.

L'influence que le droit aura sur l'efficacité des sûretés se répercutera sur les techniques que les créanciers développeront pour garantir leurs avoirs. La question de ce chapitre se pose donc sur le sort des sûretés actuellement utilisées et sur un éventuel changement dans les garanties utilisées par les créanciers. Avec le risque d'ébranlement de crédit décrit dans le chapitre relatif aux créanciers, la notion de sûreté n'évoluera pas en elle-même. En revanche les façons de les utiliser changeront éventuellement. On risque d'assister à une augmentation de l'utilisation des garanties dites complètes. Des sûretés réelles seront sans doute plus souvent utilisées par prudence. Cela n'est pas sans conséquence pour les preneurs de crédits qui verront les coûts augmenter¹³⁰.

Concernant les sûretés personnelles, les banques ont depuis longtemps diminué au maximum le recours aux sûretés personnelles. Le risque trop élevé de libération et/ou effacement, déjà

¹²⁷ Nous avons déjà exposé la théorie sur le sort des sûretés en première partie, voir *supra*, Partie I, Ch. 3, Section 2, §3 « Les effets de l'effacement ».

¹²⁸ Art. XX.173, §1^{er}, al. 1 CDE.

¹²⁹ Art. XX.175 CDE.

¹³⁰ T., BOEDTS et H., COLMAN, *op. cit.*, note 103.

présent sous l'excusabilité, a conduit les banques à privilégier les sûretés réelles. Ne sont qu'occasionnellement acceptées les garanties fournies par les directeurs ou gérants d'entreprises qui détiennent un intérêt économique réel.

§2 : Les sacrosaintes sûretés réelles

Les sûretés réelles ne sont pas impactées par la réforme. Cette règle s'inscrit dans un système qui acte la prévalence des sûretés réelles sur les autres droits¹³¹. Les sûretés réelles sont en effet mises en exécution avant l'effacement des dettes.

En sus du texte légal, le ministre de la justice, dans le rapport de première lecture, était venu couper court à la discussion sur les conséquences du caractère accessoire des sûretés réelles suite à une extinction des dettes. « *Le ministre répond que l'effacement est en effet sans incidence sur les droits du titulaire de sûretés réelles données par le débiteur ou par un tiers. Dans ce sens, le titulaire de la sûreté réelle pourra continuer à réaliser celle-ci malgré l'effacement et le caractère généralement accessoire de la sûreté réelle* »¹³². Cette précision s'avère nécessaire « *pour maintenir l'équilibre entre la protection du créancier et la nécessité de simplifier la relance. Il en va de même pour l'effacement du solde des dettes après faillite visé à l'article 175 du livre XX du Code de droit économique* »¹³³.

Il faudra toutefois nuancer la seconde affirmation puisque le texte de l'article XX.175 CDE précise lui-même qu'il faudra tenir compte des articles 2043*bis* à 2043*octies* du Code civil ainsi que de l'article XX.176 CDE relatif à la sûreté personnelle consentie à titre gratuit.

Section 2 : Les sûretés personnelles

§1 : Une situation claire ?

Il semble que le doute ne plane pas pour la catégorie des sûretés réelles. Celle-ci seront exécutées au moment de la liquidation et n'auront plus de raison d'être une fois la faillite clôturée. Qu'en est-il, en revanche, des sûretés personnelles ?

L'article XX.175 exprime clairement l'effacement ne profite pas aux sûretés personnelles. Mais l'exception de l'article XX.176 concernant la décharge des cautions à titre gratuit vient constituer une sérieuse entorse au principe. Autrefois régies par les articles 72*bis*, 72*ter* et 80

¹³¹ B., INGHELS, « L'effacement de la dette », *Manuel de l'insolvabilité*, à paraître.

¹³² *Doc., parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/004, p. 47.

¹³³ *Ibidem*.

de la loi sur les faillites, les règles en la matière ont été partiellement modifiées et clarifiées¹³⁴.

§2 : Les sûretés personnelles à titre gratuit

Au nombre des vicissitudes du régime de l'excusabilité, il est certain que l'étendue de la libération aux proches du failli excusable a suscité beaucoup de controverses¹³⁵. Les raisons de cette extension, mise en place par la loi du 4 septembre 2002, visent essentiellement à protéger le failli. La Cour constitutionnelle l'a encore rappelé récemment dans un arrêt du 27 avril 2017¹³⁶. La précision de l'article XX.175 entend en finir avec les controverses apparues en doctrine et jurisprudence sur l'extension de l'excusabilité du failli sur des engagements pris par d'autres personnes¹³⁷. Ces engagements personnels ne devraient pas pouvoir bénéficier de l'effacement. Toutefois, si les constituants des sûretés réelles et les codébiteurs ne profitent pas des mêmes faveurs que le failli, les cautions à titre gratuit ne restent, quant à elles pas sans protection.

A) Les conditions sous le livre XX CDE

Tout comme le failli, la caution à titre gratuit devra introduire une requête en effacement au tribunal en charge de la faillite. Le CDE ne prévoit pas de délai à l'instar de la loi sur les faillites. La décharge pourrait donc être demandée jusqu'au jugement de clôture de la faillite¹³⁸.

Inversement, le délai dans lequel un créancier peut exercer une sûreté personnelle s'est vu réduit : il ne dispose plus que de trois mois à compter du jour de la faillite¹³⁹ au lieu de six mois sous l'article 63 de la loi sur les faillites. Si le créancier ne respecte pas le délai ou s'il oublie simplement de l'invoquer, il perdra le bénéfice de sa sûreté. Cette sanction sera sans appel pour autant bien sur, que la sûreté ait été constituée à titre gratuit.

Les conditions de fond nécessaires à l'obtention de la décharge n'ont toutefois pas beaucoup changé. L'article XX.176 CDE requiert toujours une disproportion manifeste entre l'obligation garantie et les facultés de remboursement de la caution. Une nouveauté prend

¹³⁴ D., PASTEGGER, *op. cit.*, note 31, p. 283.

¹³⁵ I., VEROUSTRATE, *op. cit.*, note 36, p. 114 ; D., PASTEGGER, *op. cit.*, note 31, p. 275.

¹³⁶ C.C., 27 avril 2017, arrêt n° 49/2017, *R.W.*, 2017-2018, p. 778..

¹³⁷ B., INGHELS, *op. cit.*, note 131 ; B., WINDEY, « De (on)zekerheden in het faillissementsrecht – eenpraktischebenadering van de wetwetswijziging van 20 juli 2005 », *Limb. Rechtsl.*, 2006, p. 228 ; P., MOREAU, « La loi du 20 juillet 2005 et la décharge des personnes qui se sont constituées sûreté personnelle. Nouvelles interrogations ? », *R.G.D.C.*, 2006, p. 155 ; M., ALHADEFF, « Développements en matière de faillite après la loi du 4 septembre 2002 », *Ann. Dr.*, 2006, vol. 67, p. 250.

¹³⁸ Gand, 20 février 2012, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 129.

¹³⁹ Art. XX.156, al.2 CDE.

place quant au moment de l'appréciation du caractère éventuellement disproportionné : si avant la réforme il s'appréciait au moment où le juge statuait sur la décharge, il est aujourd'hui étudié au jour de l'ouverture de la faillite. Il n'est plus utile actuellement que la caution verse au dossier une situation actualisée de son patrimoine dans l'hypothèse où le jugement sur la décharge se fait attendre¹⁴⁰.

Concernant la notion de gratuité de la sûreté, les rédacteurs du livre XX se sont référés à l'arrêt de la Cour de cassation du 26 juin 2008¹⁴¹. La gratuité y est définie comme étant « l'absence de tout avantage économique, tant direct qu'indirect, dont la sûreté personnelle peut bénéficier grâce à la sûreté constituée »¹⁴².

B) Une désinformation menant à l'emploi de la stratégie plutôt qu'à la loi.

Ne laissons pas croire que les sûretés personnelles se voient mieux loties qu'auparavant. D'autres éléments viennent contrebalancer les maigres faveurs énoncées ci-dessus. Premièrement, le curateur n'a plus l'obligation de prévenir les constituants de sûretés personnelles alors que l'article 72*bis* de la loi de 1997 l'imposait. Seule la publication au *Moniteur* avertira celles-ci. Nous nous permettons d'émettre un doute sur l'efficacité d'une telle forme de communication. Deuxièmement, les sûretés personnelles ne sont plus placées immédiatement à l'abri des poursuites des créanciers comme c'était le cas via l'article 24*bis* de la loi sur les faillites. Elles devront maintenant attendre d'avoir déposé leur requête en effacement pour se placer hors de portée des poursuites¹⁴³ (Art. XX.176, al. 5 CDE).

L'information de la sûreté personnelle à titre gratuit s'est vue détériorée par les modifications du Livre XX. Un créancier rusé trouverait éventuellement un intérêt à ne rien exiger de sa sûreté afin que celle-ci reste potentiellement dans l'ignorance le temps de la faillite¹⁴⁴. Une fois clôturée, et la déchargée non demandée par la caution, le créancier retrouverait ses moyens pour agir. En effet, la caution n'ayant pas démontré dans les délais qu'elle avait été constituée à titre gratuit, la règle de la non extension de l'effacement de l'article XX.175 CDE s'applique.

¹⁴⁰ F., HELSEN, « Bevrijndind van de borgen », *Faillissement en Reorganisatie*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 9 ; D., PASTERGER, *op. cit.*, note 31, p. 283.

¹⁴¹ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/001, p. 68.

¹⁴² Cass., 26 juin 2008, R.G. n° C.07.0546.N, *J.L.M.B.*, 2009, p. 720.

¹⁴³ D., PASTERGER, *op. cit.*, note 31, p. 18.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

L'effacement profite donc autant au failli qu'à ses proches mais l'inverse est aussi vrai : faute d'obtenir l'effacement, ceux-ci se verront tenus aux côtés du failli pour leurs engagements relatifs à la faillite

Section 3 : Le conjoint du failli

Au nombre des « vicissitudes »¹⁴⁵ du régime de l'excusabilité, il est certain que l'étendue de la libération aux proches du failli excusable a suscité beaucoup de controverses¹⁴⁶. Les raisons de cette extension, mise en place par la loi du 4 septembre 2002, visent essentiellement à protéger le failli. La Cour constitutionnelle l'a encore rappelé récemment dans un arrêt du 27 avril 2017¹⁴⁷. Les nouveaux revenus d'une récente activité se voient hors d'atteinte des créanciers qui ne peuvent poursuivre le conjoint.

Le législateur a introduit l'article XX.174, al.1 CDE : « *le conjoint du failli, l'ex-conjoint, le cohabitant légal ou l'ex-cohabitant légal du failli, qui est personnellement coobligé à la dette de celui-ci, contractée du temps du mariage ou de la cohabitation légale, est libéré de cette obligation par l'effacement* ». Cette solution est directement tempérée par le 3^{ème} alinéa du même article : cet effacement sera « *sans effet sur les dettes personnelles ou communes du conjoint, de l'ex-conjoint, du cohabitant ou de l'ex-cohabitant légal, nées d'un contrat conclu par eux, qu'elles aient été ou non contractées seul ou avec le failli, et qui sont étrangères à l'activité professionnelles du failli* ».

La mesure dans laquelle le conjoint/partenaire du débiteur peut bénéficier de l'effacement est plus strictement définie. Il est expressément prévu que l'effacement n'affecte pas les dettes personnelles ou communes du conjoint résultant d'un contrat conclu par lui et qui ne sont pas liées à l'activité professionnelle du failli. Le législateur a désormais voulu limiter l'extension des effets de l'effacement au conjoint¹⁴⁸. Les motifs qui justifient cette limitation s'appuient d'une part, sur une volonté d'éviter une discrimination « *à l'égard des conjoints et partenaires dans d'autres procédures collectives ou quasi collectives* »¹⁴⁹, et d'autre part, il s'agit de ne pas porter atteinte à la capacité de crédit des conjoints. Celle-ci pourrait être plus ardue compte-tenu du risque plus élevé créé par un effacement potentiel.

¹⁴⁵ I., VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, note 36, p. 114.

¹⁴⁶ D., PASTEGGER, *op. cit.*, note 31, p. 276.

¹⁴⁷ C.C., 27 avril 2017, arrêt n° 49/2017.

¹⁴⁸ *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/004, p. 107.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

L'effacement profite donc autant au failli qu'à ses proches mais l'inverse est aussi vrai : faute d'obtenir l'effacement, ceux-ci se verront tenus aux côtés du failli pour leurs engagements relatifs à la faillite.

Chapitre 5 : Quelques comparaisons

Nous finalisons cet exposé des impacts et conséquences de la réforme de l'insolvabilité par quelques comparaisons entre la situation du failli personne physique et d'autres acteurs concernés par la faillite. La première mise en perspective concerne les personnes exerçant leur activité en société à responsabilité limitée (*Section 1*). Dans la seconde section, nous développons quelques lignes sur la situation de la caution personnelle ne jouissant pas du bénéfice de l'effacement vis-à-vis du failli (*Section 2*).

Section 1 : Les risques en personne physique et en société à responsabilité limitée

« Discharge may be viewed as a form of limited for individuals – a legal construct that stems from the same desire, and serves the same purpose as does limited liability for corporations »¹⁵⁰.

Les développements au sujet de l'effacement pourraient, en effet, laisser penser que les deux notions se rapprochent (§1). Nous nous permettons même d'avancer que certaines situations pourraient même s'inverser et qu'il serait parfois plus favorable d'exercer en personne physique plutôt qu'en société à responsabilité limitée (§2).

§1 : La faute grave et caractérisée de l'action en comblement de passif

Similairement à l'article XX.173, §3 CDE, une action en comblement de passif sur base des articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés peut être intentée contre un administrateur. Les conditions requises par un tribunal pour faire droit à l'action en comblement de passif mue par le curateur ou un créancier établissent une similitude avec l'effacement. Celui ou celle qui commet une faute grave et caractérisée pourrait voir sa décharge ou sa responsabilité limitée sauter.

§2 : Une séparation des patrimoines ineffective

La distinction classique que l'on instaure entre l'exercice d'une entreprise en personne physique ou en société à responsabilité limitée est le cloisonnement des patrimoines. En théorie, celui qui lance une société à responsabilité limitée engage uniquement le capital qu'il a investi. Dans le cas d'une faillite, ses pertes ne dépasseront pas les montants investis. La

¹⁵⁰ TH. H., JACKSON, « The fresh-start policy in bankruptcy law », *Harvard law review*, 98-1985, p. 1392 cité par S., BRIJS, *op. cit.*, note 27, p. 159.

personne physique, quant à elle, ne bénéficie pas d'une telle séparation des patrimoines et encourt donc le risque de perdre son patrimoine propre.

Dans la pratique, il arrive toutefois fréquemment que les administrateurs des sociétés viennent se porter caution de l'entreprise qu'ils ont créée et qu'ils dirigent afin d'obtenir les financements nécessaires. La tendance s'inverse : là où le failli personne physique peut bénéficier de l'effacement, l'administrateur-caution ne le pourra pas. Il ne pourra pas non plus compter sur une éventuelle décharge compte tenu qu'il ne rentre pas dans les conditions d'une quelconque caution gratuite. L'impact sera donc beaucoup plus important. Sa seule alternative sera de passer par la case de la médiation de dettes privées.

Compte tenu des ces constats, on peut aussi voir dans l'effacement un incitant pour que les personnes prennent leurs responsabilités et entreprennent en personne physique plutôt qu'en société. Le résultat en cas de faillite reste relativement similaire pour les créanciers mais on évite les complications qu'implique la constitution d'une société. C'est une manière de favoriser l'entrepreneuriat.

Section 2 : Le failli vs ses cautions personnelles

Nous l'avons vu, le livre XX n'étend pas l'effacement des dettes du failli à ses sûretés personnelles outre l'exception des cautions à titre gratuit. Il serait sans doute dangereux de rendre inopérant le rôle des sûretés : les créanciers perdraient une assurance et seraient moins enclins au prêt. Toutefois, si le failli personne physique peut en dernier recours profiter de l'effacement, tel n'est pas le cas pour sa caution.

On pourrait arriver à une situation où le failli jouit d'une situation plus favorable que sa caution. Nuançons toutefois ces premiers propos. Bien que sa situation ne soit pas enviable, n'allons pas croire que celle du failli soit idyllique : avant de bénéficier de l'effacement de ses dettes, l'ensemble de l'actif de son patrimoine propre a été liquidé. Elle se retrouve dès lors dans une situation relativement comparable à celle du failli.

Enfin, se porter caution n'est pas une mince affaire. Non seulement il faut être conscient des responsabilités endossées mais n'y a-t-il pas non plus un certain devoir de surveillance de celui ou celle dont on garantit les activités ? Un sérieux tempérament a déjà été instauré pour les cautions à titre gratuit partant de l'hypothèse qu'elles ont été constituées dans un but altruiste. De plus, l'argument économique de la disproportion de la fortune est similaire à celui de l'effacement : poursuivre une personne déjà désargentée n'a que peu d'intérêt.

Conclusion

Le failli a connu des périodes difficiles au fil des siècles et des dernières décennies. L'excusabilité et aujourd'hui l'effacement des dettes non soldées sont venus effectuer un changement de paradigme : le droit de la faillite ne s'occupe plus exclusivement des intérêts des créanciers. La relance du failli est un bienfait non seulement pour l'entrepreneur mais également pour l'économie. L'ensemble des stakeholders gravitant autour de l'acte de faillite sont aussi pris en compte. Déjà amorcée par l'excusabilité, cette volonté de privilégier un certain humanisme dans la procédure de faillite a été renforcée par l'effacement des dettes. Une vision plus large des enjeux amenant à promouvoir l'entrepreneuriat a aussi été adoptée dans la foulée.

Le droit de la faillite a longtemps campé sur ses vieux préceptes dont faisait partie la volonté de sanctionner le failli pour sa prétendue culpabilité. Si au fil du temps, les sanctions matérielles se sont atténuées, le jugement moral et social a continué de frapper les faillis. Le système d'effacement des dettes constitue une avancée de plus dans le sens de la déstigmatisation de la faillite. Un droit à la faillite reste difficilement acceptable, d'autant plus que la réalité économique nous fournit des exemples justifiant l'attitude parfois récalcitrante des créanciers. La nécessité d'introduire une requête en effacement est le meilleur exemple à ce sujet.

Le rassemblement des législations, la digitalisation ainsi que le gain de cohérence et d'efficacité qui en découlent devraient aussi être bénéfiques pour les procédures de réorganisation judiciaire. Les entreprises seront mieux orientées au cours de leurs éventuelles périodes de difficulté. Le risque demeure que certaines préfèrent la mise en faillite directe plutôt que de tenter de se relever.

Il est vrai que s'il est uniquement procédé à une comparaison du passage de l'excusabilité à l'effacement, aucune modification radicale n'est à constater dans le rapport de force entre les faillis et les créanciers. La réforme vient même faciliter la tâche des créanciers via l'introduction de l'informatisation dans la procédure. Si certains acteurs estiment donc que le système d'effacement des dettes ne constitue pas une révolution quant à ses effets directs, des changements importants ont tout de même été relevés. Parmi eux, nous avons décrit l'éventuelle évolution dans l'emploi des sûretés. Il n'y a, à ce jour, aucune certitude sur la direction que prendra cette évolution.

La favorisation de la seconde chance via l'effacement des dettes se déroule en agissant sur les conséquences de la faillite pour le débiteur failli. La question est finalement posée : qu'en est-il du sort pour d'autres acteurs comme la caution du failli ou l'administrateur caution de son entreprise. Ne faudra-t-il pas agir dans leur sens à l'avenir ou cela va-t-il trop loin dans la promotion du *fresh start* ?

Le droit de l'insolvabilité, désormais installé au sein du livre XX du Code de droit économique, a donc bénéficié d'une cure de jouvence pour le moins bénéfique. Cette législation à la peau neuve devra toutefois faire ses maladies de jeunesse. Certaines interrogations soulevées au cours de ce projet n'obtiendront de réponses que par une mise en pratique du livre XX par les cours et tribunaux ainsi que par les futures conclusions qu'en tireront les auteurs et experts.

Malgré toutes les discussions entourant l'effacement des dettes d'un failli, son automaticité ou toutes les conséquences qui peuvent s'y attacher, la possibilité d'un *fresh start* est aujourd'hui une réalité. La possibilité d'une nouvelle chance est une lourde charge que qui pèse sur les épaules des créanciers. Toutefois, si nous ne devons retenir qu'un seul élément de toutes les recherches, interviews ou réflexions entreprises pour la réalisation de ce mémoire, c'est que les créanciers comme les faillis ont un intérêt commun à long terme : la création de futures entreprises et le développement de l'économie.

« La vie, c'est comme une bicyclette, il faut avancer pour ne pas perdre l'équilibre ».

Albert Einstein.

Bibliographie

Législation et documents parlementaires:

- Règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (refonte), *J.O.*, 5 juin 2015, L 141/19.
- Recommandation (UE) 2014/135 de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *J.O.*, 14 mars 2014, L 74/65.

- Code de commerce du 10 septembre 1807, *M.B.*, 10 septembre 1807.
- Code de droit économique, Livre XX « Insolvabilité des entreprises ».
- United States Bankruptcy Code.

- Loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis, *M.B.*, 24 avril 1851.
- Loi du 16 décembre 1851, Loi hypothécaire, *M.B.*, 22 décembre 1851.
- Loi du 27 juillet 1871 sur la contrainte par corps, *M.B.*, 28 juillet 1871.
- Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.
- Loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites.
- Loi du 2 février 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites.
- Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.
- 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.

- Arrêté royal du 23 mars 2017 organisant le fonctionnement du Registre central de la Solvabilité, *MB* 27 mars 2017, 39863.

- *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 1991-1992, 631/001.
- *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/001.
- *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/002.
- *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2016-2017, 2407/004.

- D., JANSSEN et A., VANHESTE, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., 2016-2017, sess. 2016-2017, 2407/004, p.4.

Doctrine :

Monographies et ouvrages collectifs

- ALTER, C., et ZENNER, A., *La loi sur la continuité des entreprises revisitée par la loi du 27 mai 2013*, Bruxelles, Larcier, 2014.
- BYTTEBIER, K., DIRIX, E., TISON, M., et VANMEENEN, M., *Gerechtelijke reorganisatie. Getest, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2010.
- BRIJS, S., « Fresh start en discharge ingevoerd in het Belgische insolventierecht : een tweede kans voor de wetgever », *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- DE CLERCK, S., « Préface », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Anthémis, Louvain-la-neuve, 2010.
- DE PIERRE, E., *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3^e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929.
- DERIJCKE, W., et T'KINT F., « Cautionnement et excusabilité du failli : quand le cautionnement survit à l'extinction de la dette garantie », *Liber amicorum Michel Coipel*, Kluwer, Bruxelles, 2004.
- GEORGES, F., « La réforme de la faillite », *Le nouveau livre XX du Code droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- GREGOIRE, M., « Le point de vue des créanciers face à la réorganisation des l'entreprise de leur débiteur », *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire : actualités et pratique*, Coll, CUP, vol. 120, Liège, Anthémis, 2010.
- HELSEN, F., « Bevrijdind van de borgen », *Faillement en Reorganisatie*, Waterloo, Kluwer, 2016.
- HUJOEL, E., et VALLERY, A., « La loi sur la continuité des entreprises à l'épreuve du droit de la concurrence », DAL, M., et ZENNER, A., *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité – Etats généraux de la continuité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- INGHELS, B., *Manuel de l'insolvabilité*, Waterloo, Kluwer, à paraître.
- LAMBRECHT, P., « Du concordat judiciaire à la continuité des entreprises », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-neuve, Anthémis, 2010.
- LEMAL, M., « La faillite », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2010.
- LEMAL, M., « Les effets de la faillite sur la personne », *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2010.

- SAVATIC, D., « Le nouveau droit de l'insolvabilité : tout aboutissement a un commencement », *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2007.
- VEROUGSTRAETE, I., *Manuel de la faillite et du concordat*, Bruxelles, Kluwer, 2003.
- VEROUGSTRAETE, I., *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011.
- VEROUGSTRAETE, I., « La genèse et les lignes directrices de la réforme », *Le nouveau livre xx du code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2017.
- ZENNER, A., « La procédure de réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », *La loi relative à la continuité des entreprises*, Louvain-la-neuve, Anthémis, 2010.

Articles de revues

- ALHADEFF, M., « Développements en matière de faillite après la loi du 4 septembre 2002 », *Ann. Dr.*, 2006, vol. 67, p. 250.
- BATS, J., et MERTENS D., « Bientôt un nouveau droit de l'insolvabilité », *Pacioli*, n°453, 2017, p. 3.
- BOSLY, T., et ALHADEFF, M., « La loi du 4 septembre 2002 de « réparation » de la loi du 8 août 1997 sur les faillites », *C.J.*, 2002, p. 106.
- BRIJS, S., JACMAIN S., et DE SMET, K., « Kijtschelding en andere nieuwigheden in het faillissementsrecht », *In Foro*, n°57, 2017, p. 10.
- BRIJS, S., JACMAIN, S., DE SMET K., et VAN HOE, A., « Het nieuwe faillissementsrecht », *R.D.C.*, mars 2018, p. 256.
- BRIJS, S., et VAN HOE, A., « Nieuw insolventie recht sluit beter aan bij socio-economische realiteit », *Juristenkrant*, septembre 2017, p. 2.
- BRODER, A., et STERN, E., « Van verschoonbaarheid tot onverantwoordelijkheid », *In Foro*, n°48, 2015, p. 19.
- DAL, G.-A., « L'excusabilité de la loi du 04/09/2002, réparation ou bricolage ? », *J.T.*, 2003, p. 637.
- DAL, G.-A., « L'excusabilité (1998-2001) », *J.T.*, 2002, p. 57.
- FORGES, M., « Faillite : du nouveau sur l'excusabilité et le comblement du passif », *Journ. jur.*, p. 6.
- GHYSELS, R., « Les professionnels du chiffre face au nouveau régime d'insolvabilité des entreprises », *R.G.F.C.P.*, liv. 1, 2018, p. 22.
- HENFLING, P., et WILLEMS, J., « Excusabilité du failli : une mauvaise affaire pour le fisc », *R.G.F.*, n°8-9, 2005 p. 15.
- INGHELS, B., « Petite histoire d'une grande idée: l'excusabilité », *R.D.C.*, 2007, p. 307.

- JACKSON, TH. H., « The fresh-start policy in bankruptcy law », *Harvard law review*, 98-1985, p. 1392.
- JACMAIN, S., BRIJS, S., VAN HOE A., et PARIADAEN, K., « De preprocedurale reorganisatie onder Boek XX : opsporing van ondernemingen in moeilijkheden, voorlopige maatregelen, het buiten gerechtelijk minnelijk akkoord en (de exit) van het stil faillissement », *R.D.C.*, mars 2003, p. 227.
- KETTMANN, S., « La portée de l'excusabilité sur la libération du capital », *T.V.B.B.R.*, 2006, p. 352.
- KOOCHEKI, M., et THIENPONT, A., « Réforme du droit de l'insolvabilité en vue », *Echo-FGTB*, juin 2017, p. 3.
- LAMENSCH, M., « L'excusabilité du débiteur failli, le sort de ses sûretés personnelles et de son conjoint - Dix ans d'évolution depuis l'adoption de la loi du 8 août 1997 », *R.G.D.C.*, 2007, p. 490.
- LERICHE, G., « Le droit de l'insolvabilité des entreprises : une évolution, pas une révolution », *Echos du crédit et de l'endettement*, n°57, 2018, p. 18.
- MATRAY, C., « L'excusabilité du failli », *R.R.D.* 1998, p. 261.
- P., MOREAU, « La loi du 20 juillet 2005 et la décharge des personnes qui se sont constituées sûreté personnelle. Nouvelles interrogations ? », *R.G.D.C.*, 2006, p. 155.
- PASTEGGER, D., « De l'excusabilité à l'effacement : le point sur les mécanismes de *fresh start*, et de décharge des cautions, dans le livre XX du Code de droit économique », *R.D.C.*, 2018/3, p. 266.
- SALVIN, R.F., « Student loans, bankruptcy, and the fresh start policy : must debtors be impoverished to discharge educational loans », *Tulane law review*, 1996, p. 174,
- VEROUGSTRAETE, I., « Des vicissitudes de l'excusabilité », *R.P.S.*, 2010, p. 114.
- VEROUGSTRAETE, I., « Boek XX WER : een korte duiding », *R.D.C.*, mars 2018, p. 198.
- WINDEY, J., « L'excusabilité du failli », *R.D.C.*, 1999, p. 174.
- WINDEY, B., « De (on)zekerheden in het faillissementsrecht – eenpraktische benadering van de wetwetswijziging van 20 juli 2005 », *Limb. Rechtsl.*, 2006, p. 228.

Ressources électroniques

- CAIRN LEGAL, « Le nouvel outil de la faillite : Le Registre central de la Solvabilité », 4 avril 2017, disponible sur <https://www.cairnlegal.be/fr/le-nouvel-outil-de-la-faillite-le-registre-central-de-la-solvabilite/> (consulté le 25 mars 2018).
- CITY BAR JUSTICE CENTER, « Bankruptcy : Understanding Reaffirmation Agreements », 12 juillet 2013, disponible sur <https://www.citybarjusticecenter.org/wp-content/uploads/images/stories/publications/understanding-reaffirmation-agreements.pdf> (consulté le 11 mai 2018).

- CGSLB, « Fermeture ? Faillite ? », p. 7, disponible sur <http://www.cgslb.be/sites/default/files/publicaties/brochure-fermeture-faillite-2013.pdf> (consulté le 11 avril 2018).
- DEDOBBELEER, G., « La notion d'excusabilité », 16 février 2016, disponible sur <https://infos-entreprises.be/wp-content/uploads/2018/04/004-La-notion-deffacement-des-dettes-2018.pdf> (consulté le 10 mars 2018).
- DELLA FAILLE, P., « La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises : plus qu'une simple réparation? », *La loi sur la continuité des entreprises : recueil de législation, doctrine et jurisprudence*, Limal, Anthémis, 2013, p. 276, disponible sur https://www.lydian.be/sites/default/files/uploads/publications/droafjs_g.pdf (consulté le 14 avril 2018).
- DICOLATIN, « Fallere », disponible sur <http://www.dicolatin.com/XY/LAK/0/FALLERE/index.htm>, (consulté le 9 avril 2018).
- DUPLAT, M., « Difficulté d'application de la loi sur la continuité des entreprises et projet de loi d'ajustement », 27 mars 2013, disponible sur <http://www.oecbb.be/image/27-03-13.pdf> (consulté le 14 avril 2018).
- GEENS, K., « De sprong naar het recht van morgen – hercodificatie van de basiswetgeving », 6 décembre 2016, p. 66, disponible sur <https://www.koengeens.be/policy/hercodificatie> (consulté le 30 avril 2018).
- INVESTOPEDIA, « Reaffirmation », disponible sur <https://www.investopedia.com/terms/r/reaffirmation.asp> (consulté le 11 mai 2018).
- LINDEMANS, G., et VANANROYE, J., « Schuldeisersbescherming in het vennootschapsrecht: een rouwbericht », disponible sur https://www.academia.edu/32922462/Schuldeisersbescherming_in_het_vennootschapsrecht_een_rouwbericht (consulté le 15 janvier 2018).
- LEVRATTO, N., « L'abolition de la contrainte par corps et évolution du capitalisme au XIXème siècle », *Economie et institutions*, n°10-11, 2007, disponible sur <http://ei.revues.org/341> (consulté le 24 janvier 2018).
- MOINEAU, P., « Nouveau droit de l'insolvabilité des entreprise : Quelles sont les évolutions majeures ? », disponible sur https://www.herve-law.be/files/new_100.pdf (consulté le 25 mars 2018).
- RIDDLE, S., « Reaffirmation agreement in bankruptcy – The basics », disponible sur <https://www.gabankruptcylawyersnetwork.com/2014/05/reaffirmation-agreements-in-bankruptcy-the-basics/> (consulté le 11 mai 2018).
- VAN DEN BROEL, E., « La nouvelle loi relative aux faillites va provoquer un tremblement de terre », 3 juillet 2017, Graydon, disponible sur <https://graydon.be/fr/blog/la-nouvelle-loi-relative-aux-faillites-va-provoquer-un-tremblement-de-terre> (consulté le 30 mars 2018).

- VAN DEN BROEL, E., « Le cout économique des retards de paiement approche les 10 milliards d'euros », 18 janvier 2018, Graydon, disponible sur <https://graydon.be/fr/blog/le-cout-economique-des-retards-de-paiement-approche-les-10-milliards-deuros> (consulté le 12 avril 2018).

Jurisprudence :

- C.C., 25 janvier 2006, n° 13/2006, *Arr.*, *C.A.*, 2006, p. 195.
- C.C., 4 février 2010, n°5/2010, *R.W.*, 2009-2010, p. 1109.
- C.C., 27 avril 2017, arrêt n° 49/2017, *R.W.*, 2017-2018, p. 778.
- Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 227.
- Cass., 26 juin 2008, R.G. n° C.07.0546.N, *J.L.M.B.*, 2009, p. 720.
- Cass., 24 février 2011, *R.D.C.*, 2011, p. 879.
- Gand, 20 février 2012, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 129.
- Liège, 3 octobre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 703.
- Mons, 3 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 45.
- Comm. Liège, 21 mai 2013, *DAOR*, 2014, p. 96.
- Comm. Charleroi, 6 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 756.
- Comm. Audenarde, 25 octobre 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1420.
- Comm. Gand, 4 juin 2013, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 265.

Autres sources :

- DE LEEUW, R., en GOBLET, M., « Flitsfaillissement nefast voor werknemers », *De Tijd*, 31 mai 2017, p. 10.
- Reaffirmation agreement, disponible sur <http://www.lawb.uscourts.gov/sites/lawb/files/forms/b240.pdf> (consulté le 12 mai 2018).
- GAGNON, S., *L'évaluation de la structure de personnalité d'un échantillon de fraudeurs québécois judiciairisés*, mémoire de maîtrise, Montréal, École de criminologie, Université de Montréal, 2008, p. 8.
- T., BOEDTS et H., COLMAN, « Hervorming van insolventierecht – Boek XX WER », *Hoorzitting Commissie voor Handels- en Economisch recht – 10 mei* (consulté le 10 mars 2018).
- X, *Le petit Larousse illustré 2008*, Paris, Larousse, 2007, p. 407.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

