

Faculté de droit et de criminologie

L'effacement en matière de faillite : un leurre ?

Mémoire réalisé par
Carla GHISLAIN

Promoteur
Werner DERIJCKE

Année académique 2018-2019
MASTER EN DROIT

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat, fût-il de texte non soumis à droit d'auteur, entraîne l'application de la section 7 des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens.

Le plagiat consiste à utiliser des idées, un texte ou une œuvre, même partiellement, sans en mentionner précisément le nom de l'auteur et la source au moment et à l'endroit exact de chaque utilisation*.

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>.

La réalisation de ce mémoire a été possible grâce à l'aide précieuse de différentes personnes que je souhaite remercier par la présente.

Tout d'abord, ma reconnaissance va à mon promoteur, Monsieur Werner Derijcke, pour son soutien, ses conseils avisés et sa volonté de me pousser vers le meilleur de moi-même.

Ensuite, je tiens à remercier les différents intervenants, Monsieur Benoit Hoc, Monsieur Etienne Hody et Monsieur Quentin Lorsignol, qui ont répondu à mes questions et m'ont accordé leur temps précieux afin que je puisse donner à ce mémoire une vision pratique enrichissante.

Merci également à Madame Bernadette Simon et Monsieur Maxime Fontaine qui ont effectué une relecture attentive et précieuse de ce mémoire.

Enfin, je remercie mon entourage pour leur soutien indéfectible dans la rédaction de ce mémoire et particulièrement mon père, Paul-Emmanuel Ghislain et ma sœur, Sarah Ghislain pour leur relecture, leurs conseils et leurs encouragements. Merci à ma famille, mes deux sœurs et mes parents, pour leur présence, ô combien précieuse, au cours de ces cinq années d'étude.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
TITRE I : LE DROIT DE L'INSOLVABILITE ET L'EXCUSABILITE : HISTORIQUE	3
Chapitre 1 : Le droit de l'insolvabilité	3
Section 1 : Historique : le droit de l'insolvabilité de 1673 à 1997.....	3
Section 2 : 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	4
Sous-section 1 : Les grandes modifications de la loi sur les faillites	4
Sous-section 2 : La situation des gérants et administrateurs personnes physiques	6
Sous-section 3 : Avis sur cette réforme.....	7
§1 – Point positif.....	7
§2 - Lacunes.....	7
Section 3 : Une loi plus en phase avec les normes européennes	8
Chapitre 2. L'excusabilité.....	9
Section 1 : Code de commerce de 1807 et loi du 18 avril 1851.....	9
Section 2 : Loi sur les faillites du 8 août 1997	10
Sous-section 1 : Principe et ratio legis	10
Sous-section 2 : Conditions de l'excusabilité	11
Sous-section 3 : Les limites de l'excusabilité	11
Sous-section 4 : Le champ d'application de l'excusabilité	12
Sous-section 5 : Les effets de l'excusabilité à l'égard du failli.....	12
Section 3 : La loi du 4 septembre 2002	13
Sous-section 1 : Conditions de l'excusabilité	13
Sous-section 2 : Le champ d'application de l'excusabilité	14
Sous-section 3 : Les effets de l'excusabilité à l'égard du failli.....	14
Section 4 : La loi du 20 juillet 2005	15

Section 5 : Loi du 11 août 2017 insérant le Livre XX dans le Code de droit économique.....	15
Section 6 : Les proches du failli excusé et les sûretés personnelles.....	16
Sous-section 1 : Le conjoint du failli excusé.....	16
§1 - Sous la loi du 8 août 1997	16
§2 – La loi du 4 septembre 2002	17
§3 - La loi du 2 février 2005.....	18
§4 – Le sort de l’ex-conjoint, du cohabitant légal et du cohabitant de fait.....	20
Sous-section 2 : La décharge de la caution du failli.....	21
§1 - Sous la loi du 8 août 1997	22
§2 – La loi du 4 septembre 2002	22
§3 – La loi du 20 juillet 2005	24
Section 7: Inspiration du droit américain : le « fresh start »	26
Sous-section 1 : Droit comparé entre le droit américain et le droit belge.....	26
TITRE II : L’EFFACEMENT	29
Chapitre 1 : Qu’est-ce que l’effacement ?.....	29
Section 1 : Réforme de l’insolvabilité : considérations générales en matière d’effacement....	29
Section 2 : Objectifs de l’effacement	29
Section 3 : Conditions de l’effacement	30
Sous-section 1 : La requête en effacement.....	31
Sous-section 2 : Absence d’opposition à l’effacement	32
Section 4 : Les effets de l’effacement	33
Section 5 : Refus de l’effacement	34
Sous-section 1 : Une faute grave et caractérisée ?	34
Sous-section 2 : Conséquences pour le curateur	35
Sous-section 3 : Lien avec les interdictions professionnelles	36
Section 6 : Procédure de l’effacement.....	36
Section 7 : La limitation du principe de dessaisissement du failli personne physique	38

Section 8 : Les proches du failli	40
Section 9 : La décharge des sûretés personnelles, à titre gratuit, du failli.....	43
Section 10 : Le droit européen en faveur de la seconde chance.....	44
Sous-section 1 : La recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et l’insolvabilité des entreprises	44
Sous-section 2 : Le Livre XX du Code de droit économique : le fin mot de l’histoire ?	46
Section 11 : Motivations économiques derrière ce système de libération du débiteur failli....	49
Chapitre 2 : L’effacement : qu’en est-il?	49
Section 1 : Entre l’excusabilité et l’effacement, une révolution ?.....	49
Section 2 : Point de vue d’acteurs de terrain	50
Sous-section 1 : Curateur	50
Sous-section 2 : Juge du tribunal de l’entreprise.....	51
Sous-section 3 : Créancier.....	52
Section 3 : Tiraillement perpétuel entre une loi plus souple et la résistance à celle-ci : pourquoi ?	52
Chapitre 3 : L’effacement : quelles conséquences ?.....	54
Section 1 : Le créancier défavorisé ?	54
Section 2 : Influence sur l’entrepreneuriat ?	56
Chapitre 4 : Regard critique sur cette réforme	57
Conclusion.....	60
Bibliographie.....	62
Annexe	69

INTRODUCTION

Ce mémoire porte principalement sur la réforme de l'insolvabilité insérant le Livre XX dans le Code de droit économique qui est entré en vigueur le 1^{er} mai 2018. Plus particulièrement, nous allons nous pencher sur le processus d'excusabilité que le législateur renomme, suite à cette réforme, effacement.

La notion d'excusabilité en matière de faillite existe depuis la publication du premier Code de commerce qui date de 1807. À la base sans réelle conséquence juridique, elle a pris une toute autre dimension dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites¹.

Pendant longtemps, la faillite a été vue par la société européenne comme un échec. La situation aux Etats-Unis est aux antipodes de cette mentalité européenne désuète. Le « fresh start » est un concept américain selon lequel le failli est soutenu dans son entreprise en lui offrant l'opportunité de se lancer dans un projet nouveau lorsque le précédent n'a pas fonctionné. Encouragé par les institutions européennes, le législateur belge s'est inspiré de ce concept et l'a introduit dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites en donnant au principe « d'excusabilité » un souffle nouveau².

Considérée pendant tout aussi longtemps comme un simple « brevet platonique d'honnêteté »³ dont la seule utilité était d'échapper à la contrainte par corps, l'excusabilité, suite à la loi sur les faillites, permettait au failli malheureux et de bonne foi de prendre un nouveau départ. Au jour du prononcé de la déclaration d'excusabilité, les créanciers, non désintéressés par la procédure collective, voyaient s'éteindre la possibilité de poursuivre l'exécution des créances existantes. Dès lors, la notion d'excusabilité quitte son enveloppe stérile pour renaître au sein de la société pourvue d'un réel impact juridique.

Les rédacteurs du Code de droit économique n'en restent pas là. En 2017, le projet de loi du Livre XX compte parmi ses objectifs « la promotion de la seconde chance »⁴. La notion d'excusabilité a été au cœur des controverses doctrinales et jurisprudentielles depuis l'entrée en

¹ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.

² 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-T.B.H.*, 2018/3, pp. 270-271.

³ Projet de loi sur les faillites, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1991-1992, doc. n°48-0631/001, p. 35.

⁴ 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 3.

vigueur de la loi du 8 août 1997. Le législateur souhaite par cette réforme mettre fin à ces débats en repensant le régime d'excusabilité.

Depuis le 1^{er} mai 2018 nous ne parlons plus d'excusabilité mais bien d'effacement. Au-delà d'une simple modification terminologique, le législateur suit la recommandation du 12 mars 2014⁵ de la Commission européenne qui invite les Etats membres à mettre en place un système rapide de réhabilitation des entrepreneurs faillis⁶.

À la lecture des travaux parlementaires, la réforme sur l'insolvabilité qui transforme l'excusabilité en effacement semble continuer sur la lancée innovante et supportrice du débiteur qui a été enclenchée par la loi sur les faillites en 1997. Selon les rédacteurs du Livre XX, « l'échec ne doit plus être stigmatisant »⁷.

Cependant, lorsqu'on se penche réellement sur le texte juridique et lorsqu'on analyse les articles en les comparant aux anciennes lois, on se rend compte que l'avancée en faveur du failli n'est peut-être pas tellement évidente. Différents indices nous poussent à nous interroger sur le bien-fondé de cet effacement. Les objectifs mentionnés dans les travaux préparatoires du Livre XX sont-ils réellement transposés dans les textes de loi ? C'est ce qui fera l'objet et l'intérêt de ce mémoire.

La question principale à laquelle nous tenterons de répondre via une analyse et une comparaison des concepts d'excusabilité et d'effacement est la suivante : sommes-nous véritablement face à une révolution, tel que les rédacteurs du projet de loi semblent le soutenir, ou simplement face à une illusion ?

Sous le Titre I, nous analysons le droit de l'insolvabilité et le mécanisme d'excusabilité, à travers leur évolution au fil du temps et des réformes. Ensuite, sous le Titre II, nous étudions le mécanisme d'effacement en tant que tel, ainsi que l'impact de ce nouvel effacement, sa légitimité, et les conséquences de celui-ci sur le créancier et la société en général. Pour terminer, nous donnons un avis critique sur cette réforme.

⁵ Recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à la nouvelle approche européenne en matière de défaillance et d'insolvabilité des entreprises, p. 2.

⁶ D. PASTEGGER, « 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 », *op. cit.*, p. 271.

⁷ 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 3.

TITRE I : LE DROIT DE L'INSOLVABILITE ET L'EXCUSABILITE : HISTORIQUE

Le Titre I de ce mémoire est divisé en deux parties visant à rendre compréhensible le concept d'effacement. Dans le premier chapitre, l'évolution du droit de l'insolvabilité est passée en revue en mettant l'accent sur la loi du 11 août 2017⁸ insérant le Livre XX dans le Code de droit économique. Le concept d'excusabilité est, quant à lui, examiné dans le chapitre 2 à la lumière de son évolution, partant du Code de commerce de 1807 jusqu'à nos jours, et également à l'aune de ses liens avec le droit américain et la notion de « fresh start ».

Chapitre 1 : Le droit de l'insolvabilité

Le chapitre premier comporte trois sections. La première retrace l'historique du droit de l'insolvabilité de 1673 à 1997 (*Section 1*), la deuxième analyse les modifications majeures apportées par la loi du 11 août 2017 (*Section 2*) et la troisième et dernière section souligne l'alignement du droit belge de l'insolvabilité sur les normes européennes (*Section 3*).

Section 1 : Historique : le droit de l'insolvabilité de 1673 à 1997

La première loi fédérale sur les faillites est l'Ordonnance de commerce de 1673 remplacée par le Code de commerce de 1807. En 1851, la loi sur les faillites, banqueroutes et sursis⁹ vient compléter le Code de commerce et est insérée dans celui-ci en son titre III. La loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire¹⁰ inspire la nouvelle loi sur les faillites du 8 août 1997¹¹ qui consiste principalement en un rafraîchissement et une renumérotation de la loi du 18 avril 1851. Au fil des siècles, le droit de l'insolvabilité reste assez stable. Mais il apparaîtra dans la section suivante que la loi du 11 août 2017 arrive comme un coup de tonnerre sonnante le glas de cette continuité paisible, notamment via l'extension du champ d'application du droit économique.

⁸ 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.

⁹ Loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis, *M.B.*, 24 avril 1851.

¹⁰ Loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire, *M.B.*, 28 octobre 1997.

¹¹ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.

Section 2 : 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

Sous-section 1 : Les grandes modifications de la loi sur les faillites

Le principal objectif de cette réforme est de rendre les systèmes de réorganisation judiciaire et de faillite plus performants. Pour atteindre son but, le législateur attaque sur tous les fronts. Les caractéristiques majeures de cette nouvelle loi sont reprises ci-après.

Premièrement, la loi sur les faillites est insérée dans le Livre XX du Code de droit économique. Les lois du 8 août 1997 et du 31 janvier 2009¹² sont dès lors abrogées. L'objectif du législateur, par cette action, étant de rendre les législations « plus cohérentes entre elles et de les insérer comme un tout rationnel dans le Code de droit économique »¹³. La structure de la loi sur les faillites est conservée au sein du titre VI du Code de droit économique¹⁴.

Deuxièmement, l'élargissement du champ d'application du droit de l'insolvabilité est l'une des grandes innovations du Livre XX. Désormais, le droit commercial spécifique aux commerçants devient le droit économique qui s'applique indifféremment à toutes les entreprises, pourvu que ces dernières exercent leurs activités économiques sur le marché¹⁵. Une nouvelle définition de la notion d'entreprise est introduite par la loi du 11 août 2017, déjà modifiée avant même l'entrée en vigueur de la loi, et généralisée à l'ensemble du Code de droit économique par la loi du 15 avril 2018^{16 17}.

La notion de droit commercial - aujourd'hui droit économique - a toujours été, dès 1807, définie par énumération. Le législateur en 2017 fait toujours face à la complexité de cette notion et ne parvient pas à donner une définition conceptuelle à celle-ci. Le législateur agit donc à nouveau par un système d'énumération des entités soumises au Code de droit économique¹⁸.

¹² Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.

¹³ 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 4.

¹⁴ Fl. GEORGE, « La réforme de la faillite », *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 156.

¹⁵ H. CULOT, Y. DE CORDT, H. JACQUEMIN, T. LEONARD, *Manuel du droit de l'entreprise*, Anthemis, Limal, 2019, p. 11.

¹⁶ Loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, *M.B.*, 27 avril 2018.

¹⁷ P. MOINEAU et F. ERNOTTE, « Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite », *J.L.M.B.*, 2019/15, p. 698.

¹⁸ W. DERIJCKE, « Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité », *op. cit.*, pp. 20-22.

Désormais, les titulaires de professions libérales, les organisations sans personnalité juridique, les personnes morales, à l'exception des personnes morales de droit public qui ne proposent pas de biens ou services sur un marché, sont considérées comme des entreprises et donc soumises aux règles concernant la faillite¹⁹. Alors que la première partie de la définition donnée par l'article I. 1, 1°, du Code de droit économique²⁰ identifie les catégories d'organisations qui font partie de la notion d'entreprise, la deuxième partie, agissant par voie d'exception, indique les organisations exclues de cette notion. Le législateur passe d'une approche fonctionnelle basée sur le fait de poursuivre une activité économique à une approche formelle basée sur des formes ou structures d'organisation (personne physique, personne morale,...)²¹.

Ce phénomène d'énumération précédemment cité ainsi que la référence au critère de la profession, toujours pas définie par le Code de droit économique, n'est pas sans soulever des critiques quant à l'insécurité juridique que cette définition induit. En effet, la notion de commerce et d'activité commerciale au cœur de l'ancienne définition est désormais remplacée par la notion d'activité professionnelle²².

L'objectif du législateur via cette extension du champ d'application était de « comprendre toutes les formes d'organisation afin de leur permettre de bénéficier des possibilités de réorganisation et de les soumettre le cas échéant à une liquidation sous forme de faillite »²³. Cette extension a également pour but d'améliorer la libre concurrence vu la concurrence directe de plus en plus présente entre les associations et les sociétés²⁴.

En troisième lieu, une innovation apportée par la loi du 11 août 2017 est le passage à une procédure électronique intégrale. Sauf exception, le dossier de procédure n'existera plus sous forme papier²⁵. L'article XX.9 prévoit que « toute notification ou toute communication ou tout dépôt, prévus par le présent livre, à, auprès de ou par un praticien de l'insolvabilité, un juge

¹⁹ C. ALTER, Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 22.

²⁰ C.D.E., art. I.1, 1°.

²¹ H. CULOT, Y. DE CORDT, H. JACQUEMIN, T. LEONARD, *op. cit.*, p. 47.

²² Fl. GEORGE, « La réforme de la faillite », *op. cit.*, p. 160.

²³ Projet de loi du 20 avril 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 24.

²⁴ Z. PLETINCKX, « Réforme du droit de l'insolvabilité : le nouveau livre XX du Code de droit économique », *J.T.*, n°6734, 2018, p. 466.

²⁵ *Ibid*, p. 468.

délégué ou un juge-commissaire, se fait par le biais du registre »²⁶. Ce registre, baptisé Regsol, est une base de donnée informatique dont le but est de centraliser tous les documents relatifs à la procédure de faillite²⁷. C'est la loi du 1^{er} décembre 2016²⁸ qui met en place cette plateforme digitale. Le Livre XX reprend simplement les nouveautés apportées par cette loi et l'étend à la procédure de réorganisation judiciaire²⁹.

Quatrièmement, une des modifications apportées concerne la procédure d'excusabilité et le remplacement de celle-ci par le mécanisme d'effacement. Cette modification sera analysée plus en détail dans le Titre II, chapitre 1.

Cinquièmement, le système de décharge des sûretés personnelles à titre gratuit fait également l'objet de changements étudiés dans le Titre II, section 9.

Sous-section 2 : La situation des gérants et administrateurs personnes physiques

Une question que soulève ce nouveau champ d'application du Livre XX et qui se pose au sein de la jurisprudence concerne les gérants et administrateurs de personnes morales : sont-ils des entreprises ? La réponse à cette question est d'importance car dans l'affirmative, le gérant ou l'administrateur personne physique pourrait bénéficier d'une procédure de réorganisation judiciaire, ou être déclaré en faillite et, dans ce cas, bénéficier du système d'effacement³⁰. La jurisprudence sur ce sujet est encore divergente, accordant³¹ parfois le statut d'entreprise aux gérants ou administrateurs personnes physiques, parfois en le refusant³². Les difficultés de la jurisprudence à se prononcer témoignent du paradoxe que fait naître cette

²⁶ C.D.E., art. XX.9, alinéa 1^{er}.

²⁷ D. DE MAREZ et C. STRAGIER, *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, Die Keure, 2018, p. 273.

²⁸ Loi du 1^{er} décembre 2016 modifiant le Code judiciaire et la loi du 8 août 1997 sur les faillites en vue d'introduire le Registre Central de la Solvabilité, *M.B.*, 11 janvier 2017.

²⁹ Fl. GEORGE, « La réforme de la faillite », *op. cit.*, p. 163.

³⁰ P. MOINEAU, « Le nouveau droit de l'insolvabilité des entreprises : champ d'application et principes généraux », *Les réformes du droit économique : premières applications*, Liège, Anthémis, 2019, p. 22.

³¹ Comm. Liège, div. Liège, 29 juin 2018, R.G. n°O/18/00150, inédit ; Comm. Liège, div. Liège, 11 juin 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 684 ; Trib. entr. Liège, div. Namur, 31 janvier 2019, R.G. n°R/17/00026, inédit ; Bruxelles, 21 décembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 676 ; Liège, 2 avril 2019, R.G. n°2018/RG/1340 et 2018/RG/1343, inédits.

³² Comm. Anvers, div. Turnhout, 26 juin 2018, R.G. n° O/18/00038, inédit ; Comm. Brabant wallon, 8 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 688 ; selon ces juridictions un gérant ou administrateur personne physique n'est pas une entreprise dès lors qu'il n'exerce pas une activité économique propre. Trib. entr. Hainaut, div. Tournai, 6 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 688 ; Trib. entr. Liège, div. Liège, 12 décembre 2018, R.G. n°O/18/00678, inédit ; Mons, 5 février 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 678 ; selon ces juridictions, un gérant ou administrateur personne physique n'est pas une entreprise s'il n'est pas une « organisation ».

nouvelle définition de l'entreprise, la volonté du législateur étant de garantir plus de sécurité juridique, non de créer encore plus de controverses³³.

Sous-section 3 : Avis sur cette réforme

§1 – Point positif

Parmi les avancées apportées par cette réforme, nous souhaitons souligner, par choix personnel, le passage à l'électronique intégrale comme l'une des modifications marquante et bienvenue apportée par cette réforme. Cette digitalisation a pour effet d'assurer une plus grande transparence des procédures d'insolvabilité, et entraîne également une diminution des coûts pour la collectivité et l'ensemble des créanciers³⁴.

À signaler que dans la pratique, comme le constatent Monsieur Hody et Monsieur Hoc dont les interviews sont transcrites dans l'annexe de ce mémoire, le passage à l'électronique intégrale peut s'avérer délicat et soulever certaines questions. Notamment pour le débiteur failli qui n'est pas toujours familier avec l'électronique et qui doit demander l'effacement. Monsieur Hody témoigne d'un cas dans lequel « quelqu'un pensait avoir fait la demande, alors qu'en réalité non. La requête imposée doit être chargée dans REGSOL. C'est déjà quelque chose de compliqué. Parfois, on voit arriver des gens qui pensent avoir demandé l'effacement, et en réalité pas du tout »³⁵. Ce passage à l'électronique demande un certain temps d'adaptation, également pour le curateur qui doit s'accoutumer à cette plateforme et pourra de cette manière guider le failli dans sa démarche.

§2 - Lacunes

Un des objectifs principaux émis par les rédacteurs du projet de loi concernait la faillite silencieuse « qui permet à une entreprise de préparer une véritable faillite de manière discrète, sans mesure de publicité »³⁶. L'idée d'instaurer une telle pré-faillite, déjà présente dans de nombreux droits étrangers, a finalement été abandonnée suite à l'arrêt *Smallsteps* rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne le 22 juin 2017³⁷. Une controverse existait entre le Gouvernement belge et les partis d'opposition à propos de la réglementation en droit social du

³³ P. MOINEAU, *op. cit.*, p. 30.

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, 2018, p. 27.

³⁵ Voir annexe n°2.

³⁶ 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 3.

³⁷ C.J.U.E., 22 juin 2017, C-126, disponible sur <http://curia.europa.eu>.

transfert d'entreprise dans le cadre d'une faillite silencieuse. La C.J.U.E. dans l'arrêt *Smallsteps* trancha en faveur du maintien de la protection des travailleurs dans un tel contexte³⁸. Les représentants de la majorité déposèrent donc un amendement qui abrogea la proposition de faillite silencieuse³⁹.

D'autres lacunes non comblées par la réforme sont également à épinglez : notamment en ce qui concerne le statut du curateur, la distinction entre les dettes de la masse et les dettes dans la masse et l'ambiguïté du terme revendication⁴⁰.

Section 3 : Une loi plus en phase avec les normes européennes

Le législateur belge, par cette réforme, adapte le droit de l'insolvabilité aux normes européennes et, notamment, au règlement n°2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité⁴¹.

Dans l'exposé des motifs du projet de loi du 20 avril 2017, le législateur déclare que « dans la foulée, le projet veut moderniser de façon approfondie le droit de l'insolvabilité et l'adapter aux normes européennes »⁴².

Le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne constatent dans le règlement n°2015/848 que « le bon fonctionnement du marché intérieur exige que les procédures d'insolvabilité transfrontalières fonctionnent de manière efficace et effective. L'adoption du présent règlement est nécessaire pour atteindre cet objectif »⁴³. Ce règlement ne fut pas sans impact sur le Livre XX du Code de droit économique. Le ministre de la justice Koen Geens, dans son discours prononcé le 5 février 2015 lors du 4^e Congrès de l'IIC, déclarait que : « Après l'adoption du nouveau règlement européen sur les cas d'insolvabilité transfrontaliers, le moment de s'attaquer au renouvellement de notre législation belge est arrivé. Cela nous

³⁸ S. JACMAIN, S. BRIJS, A. VAN HOE, K. PARIDAEN, « 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.*, 2018, p. 235.

³⁹ R. AYDOGDU, « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) : une (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 139-141.

⁴⁰ Fl. GEORGE, « La réforme de la faillite », *op. cit.*, pp. 234- 240.

⁴¹ Règlement (UE) n°2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.U.E.*, 5 juin 2015.

⁴² Projet de loi du 20 avril 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 4.

⁴³ Règlement (UE) n°2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.U.E.*, 5 juin 2015.

permettra d'intégrer les situations transfrontalières dans notre législation interne »⁴⁴. Le désir du ministre s'est dès lors réalisé puisque les nouvelles règles de l'insolvabilité transnationale sont désormais rassemblées dans le titre VII du Livre XX du Code de droit économique⁴⁵.

Un point majeur de la réforme de l'insolvabilité insufflé par le droit européen concerne le renforcement du « fresh start ». En effet, c'est la Commission, dans sa recommandation du 12 mars 2014, qui vise « à offrir une seconde chance, dans l'ensemble de l'Union, aux entrepreneurs honnêtes ayant connu la faillite »⁴⁶. Ces considérations seront examinées plus amplement dans le Titre II, section 2.

Chapitre 2. L'excusabilité

L'excusabilité étant l'ancêtre de l'effacement, il est essentiel d'en comprendre l'origine, la raison d'être et les modalités. L'historique de son évolution commence par le Code de commerce de 1807 et la loi du 18 avril 1851 (*Section 1*) ; y font suite la loi du 8 août 1997 (*Section 2*), la loi du 4 septembre 2002 (*Section 3*), la loi du 20 septembre 2005 (*Section 4*) et enfin, la loi du 11 août 2017 (*Section 5*). Nous étudions également la situation des proches du failli et des sûretés personnelles du failli (*Section 6*) en suivant les différentes législations qui, au cours du temps, ont modulé leur sort. Pour terminer, sont analysées les origines de ce concept qui tire son inspiration du droit américain et plus particulièrement du phénomène de « fresh start » (*Section 7*).

Section 1 : Code de commerce de 1807 et loi du 18 avril 1851

Ainsi que mentionné dans l'introduction, l'excusabilité existe dans notre droit depuis 1807. On retrouvait la notion d'excusabilité dans la loi du 18 avril 1851 concernant les faillites qui a été intégrée au Code de commerce en son titre III. L'article 535 du Code de commerce était libellé de manière suivante : « Si le failli est déclaré excusable, il demeurera affranchi de la contrainte par corps à l'égard des créanciers de sa faillite, et ne pourra plus être poursuivi par eux que sur ses biens,... »⁴⁷. La seule utilité de l'excusabilité était alors d'échapper à la contrainte par corps. Cet article n'avait pas grand intérêt pour le failli qui se voyait toujours

⁴⁴ K. GEENS, Discours prononcé le 5 février 2015 à l'occasion du 4^e Congrès de l'IIC à Bruxelles, publié dans l'ouvrage suivant : Y. BRULARD, *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t.1, Limal, Anthémis, 2017, pp. 413-414.

⁴⁵ Fl. GEORGE, « La réforme de la faillite », *op. cit.*, pp. 200-205.

⁴⁶ Recommandation de la commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:074:0065:0070:FR:PDF>

⁴⁷ C. comm., art. 535.

poursuivi par les créanciers en ce qui concerne ses biens⁴⁸. Malgré la liquidation de son patrimoine en faveur de ses créanciers, le débiteur failli restait tenu de ses dettes. Il est donc aisément compréhensible que toute initiative de se lancer dans une nouvelle activité professionnelle était aussi tôt étouffée par l'idée de voir ses revenus saisis par ses créanciers.

C'est seulement en 1997 avec la loi sur les faillites qu'un changement de paradigme s'opère et que le législateur donne au concept d'excusabilité les lettres de noblesse qui, jusqu'alors, ne lui avaient jamais été accordées.

Section 2 : Loi sur les faillites du 8 août 1997

C'est donc en 1997 que l'excusabilité abandonne sa connotation purement morale – si le débiteur failli prouve son honnêteté il peut éviter la contrainte par corps, c'est-à-dire l'enfermement – pour adopter une visée économique. Le législateur considère désormais le failli comme un partenaire commercial dont l'activité sert l'intérêt général. Néanmoins, cette réforme a donné lieu, comme nous allons le voir, à de nombreuses controverses forçant le législateur à adopter plusieurs modifications législatives⁴⁹.

Sous-section 1 : Principe et ratio legis

La notion d'excusabilité s'est trouvée rafraîchie dans la loi du 8 août 1997 (abrogeant le titre III du Code de commerce) qui, sans apporter de modification majeure quant à son libellé, active son efficacité. En effet, l'article 82 de cette loi dispose que : « 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 »⁵⁰. L'excusabilité permettait désormais au failli malheureux et de bonne foi de prendre un nouveau départ, un « fresh start » afin de pouvoir se relancer économiquement. Les créanciers qui n'auraient pas été pleinement désintéressés lors de la procédure d'insolvabilité ne pourront plus poursuivre le failli.

Le but du législateur en donnant une efficacité au principe d'excusabilité est double :

- Premièrement, humaniser la faillite. Elle ne doit plus être perçue comme la conséquence légitime d'un comportement blâmable⁵¹.

⁴⁸ W. DERIJCKE « De l'excusabilité du failli à l'effacement de ses dettes », *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) : une (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 213-215.

⁴⁹ J. BASTENIERE et S. PARSA, « De l'excusabilité à l'effacement : vingt ans de réformes « sparadrap » », *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 626.

⁵⁰ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997, art. 82.

⁵¹ B. INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », *R.D.C.-T.B.H.*, 2007/4, p. 310.

- Deuxièmement, permettre au failli de reprendre une activité professionnelle tout en étant déchargé de son passif pour autant que l'intérêt général et l'équité l'y autorisent⁵².

Sous-section 2 : Conditions de l'excusabilité

L'article 80 dans sa version issue de la loi du 8 août 1997 ne précisait pas les conditions que le failli devait remplir pour bénéficier de l'excusabilité. C'est donc la jurisprudence et la doctrine qui, sur base des travaux préparatoires, ont dégagé des critères pour accorder le bénéfice de l'excusabilité au failli. Il est intéressant de relever le fait que l'excusabilité était considérée comme une « mesure de faveur »⁵³ selon l'exposé des motifs du projet de loi⁵⁴.

La Cour d'arbitrage dans son arrêt du 13 décembre 2000 dégage certains critères objectifs quant à l'admissibilité de l'excusabilité : « être un partenaire commercial fiable dont la reprise d'activité commerciale ou industrielle sert l'intérêt général, ainsi que l'absence dans son chef de fautes caractérisées ayant contribué à la survenance de la faillite ou à l'aggravation de ses conséquences pour les créanciers »⁵⁵.

Sous-section 3 : Les limites de l'excusabilité

L'article 81, 2°, de la loi du 8 août 1997 interdisait d'office le bénéfice de l'excusabilité aux faillis condamnés pour infraction à l'article 489^{ter} du Code pénal, pour vol, faux, concussion, escroquerie ou abus de confiance. Cette disposition a eu pour effet de soulever de nombreuses contestations. En effet, l'article excluait de manière automatique les condamnés à ce type d'infractions pénales du bénéfice de l'excusabilité sans prendre en compte un lien quelconque entre cette condamnation et l'activité commerciale⁵⁶.

Suite à une question préjudicielle, la Cour d'arbitrage dans un arrêt du 22 janvier 2003 juge cette disposition contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. La Cour justifie sa décision en déclarant que l'exclusion automatique des faillis condamnés pour un des délits visés à l'article 81, quelles que soient l'époque et la gravité des faits, sans donner un quelconque pouvoir d'appréciation au juge va au-delà de ce qui est requis par l'objectif du législateur⁵⁷.

⁵² C. MUSCH, « Faillite et règlement collectif de dettes excusabilité versus remise de dettes », *R.F.D.L.*, 2012/4, p. 534.

⁵³ A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 419.

⁵⁴ Projet de loi sur les faillites, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1991-1992, doc. n°48-0631/001 p. 36.

⁵⁵ C.A., 13 décembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 144.

⁵⁶ D. PASTEGGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *R.D.C.B.*, 2014/07, p. 650.

⁵⁷ C.A., 22 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 944.

Cette disposition sera finalement abrogée suite à un recours en annulation par un arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 février 2004⁵⁸.

Sous-section 4 : Le champ d'application de l'excusabilité

Sous la version de 1997, l'excusabilité bénéficiait, à la fois, à la personne physique et à la personne morale mais les avantages de l'application du principe d'excusabilité aux personnes morales n'étaient pas clairs. En effet, la faillite ne met pas fin à l'existence de la personne morale en tant que telle, elle ne fait que liquider son patrimoine⁵⁹. Dès lors, il semblait tout aussi opportun pour les personnes morales ayant subi une faillite de se maintenir en léthargie plutôt que de subir les frais d'une dissolution⁶⁰.

Une solution à cette dérive était cependant apportée par l'article 80 de la loi de 1997 qui prévoyait que la décision d'inexcusabilité d'une personne morale mettait fin immédiatement à son existence. Dès lors, il était logique de penser que l'inexcusabilité des personnes morales serait la règle et qu'ainsi, la problématique de ces entités dépourvues de tout actif et dérivant au sein de la société sans le moindre but ne se poserait plus. C'était néanmoins sans compter l'irruption d'un nouveau débat concernant la caution personnelle de la personne morale qui voyait en l'excusabilité un espoir de se dégager des engagements pris en faveur du débiteur failli⁶¹. C'est la loi de réparation de 2002 qui mettra fin à ce débat en confirmant que les cautions personnelles ne peuvent pas bénéficier de l'excusabilité.

Sous-section 5 : Les effets de l'excusabilité à l'égard du failli

L'article 82 sous la loi du 8 août 1997 est clair ; l'excusabilité concerne toutes les dettes du failli sans exception qui existent au moment de l'ouverture de la procédure de faillite. Celles nées entre l'ouverture de la procédure de faillite et le jugement d'excusabilité n'étant donc pas couvertes par celle-ci⁶². Ces dettes ne sont pas purement et simplement effacées, elles sont simplement mises à l'abri de toutes voies d'exécution mues par les créanciers.

Certaines voix s'élevèrent contre le caractère absolu de l'excusabilité. L'ONSS fut l'un des organismes les plus contestateurs quant à l'application de l'excusabilité sur les dettes de cotisations sociales. Leur justification repose sur le fait que ces créances ont un caractère proche

⁵⁸ C.A., 14 février 2004, n°28/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 361.

⁵⁹ B. INGHELS, *op. cit.*, p. 311.

⁶⁰ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 1998, p. 538.

⁶¹ B. INGHELS, *op. cit.*, p. 311.

⁶² A. CUYPERS, « De verschoonbaarheid van de gefailleerde en de positie van echtgenoot en borgen in de gerepareerde Faillissementswet », *R.D.C.*, 2003, p. 272.

de l'ordre public et que leur non-paiement peut donner lieu à des poursuites pénales. Cette argumentation fut cependant toujours rejetée par la jurisprudence⁶³.

Section 3 : La loi du 4 septembre 2002

La loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés⁶⁴, a transformé de manière fondamentale la loi sur les faillites et son système d'excusabilité. Cette section répertorie les modifications majeures apportées par la loi de 2002.

Sous-section 1 : Conditions de l'excusabilité

Tout d'abord, en ce qui concerne les conditions de fond, la loi de 2002, bien que ne les définissant toujours pas, y apporte une modification majeure. En effet, l'article 80, alinéa 2 énonce que : « Sauf circonstances graves spécialement motivées, le tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi »⁶⁵. L'excusabilité n'est désormais plus considérée comme une faveur mais bien comme un droit, dès lors que les conditions de bonne foi et de malheur sont remplies⁶⁶.

Il est intéressant de souligner la recrudescence de cette stigmatisation morale du failli dans la loi du 4 septembre 2002 alors que l'un des objectifs de la loi de 1997 était d'humaniser et de dédramatiser le mécanisme de faillite. Le libellé du nouvel article 82, alinéa 2, réinsère cette idée moralisatrice du failli qui, pour obtenir l'excusabilité, doit montrer sa bonne foi⁶⁷. À peine quelques années après l'entrée en vigueur de la loi de 1997 qui est supposée soutenir le failli et lui donner une seconde chance, le tiraillement entre une loi plus souple en faveur du failli et la résistance à celle-ci se fait déjà ressentir. Les chapitres suivants préciseront si ce frein à la seconde chance persiste ou pas.

Seules des circonstances graves et motivées permettent au tribunal de refuser l'excusabilité. L'appréciation des circonstances graves se fait à l'aune de la manière avec laquelle le débiteur a exercé son activité commerciale passée, mais également du comportement de ce dernier pendant la procédure de faillite. Voici quelques exemples de jurisprudence dans lesquels différentes juridictions ont refusé le bénéfice de l'excusabilité : lorsque le failli a

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997, art. 80, al. 2.

⁶⁶ P. CAVENAILE, « Faillite – Excusabilité : Du brevet d'honorabilité à l'honorabilité brevetée », *J.L.M.B.*, 2004/13, pp. 556 et 557.

⁶⁷ B. INGHELS, *op. cit.*, p. 313.

soustrait des actifs aux créanciers et manqué de collaboration avec le curateur⁶⁸, lorsque le failli a organisé frauduleusement son insolvabilité⁶⁹, en cas d'absence de comptabilité et manque de collaboration de la part du failli⁷⁰, en cas de poursuite d'une activité lucrative cachée après la faillite⁷¹.

Sous-section 2 : Le champ d'application de l'excusabilité

Suite à la loi de 2002, l'article 81 de la loi sur les faillites énonce que ne peut être déclarée excusable la personne morale faillie. Cette différence de traitement entre la personne physique et la personne morale a soulevé des questionnements quant à son égalité. La Cour d'arbitrage dans un arrêt du 30 juin 2004 conclut à l'absence de violation du principe d'égalité et le justifie par le fait que « si une personne physique peut se trouver exclue du circuit économique parce que la charge de ses dettes la dissuade de recommencer une activité commerciale, il n'en est pas de même d'une personne morale puisque, après sa faillite son fonds de commerce peut faire l'objet de cession. Le souci de permettre « un nouveau départ » peut, sans violer le principe d'égalité, être réservé aux personnes physiques »⁷².

Sous-section 3 : Les effets de l'excusabilité à l'égard du failli

L'article 82, alinéa 3, précise désormais que l'excusabilité ne s'applique pas aux dettes alimentaires du failli et à celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute. Dès lors, le tribunal ne peut limiter le bénéfice de l'excusabilité, à l'exception des dettes visées à l'article 82, alinéa 3. L'excusabilité porte donc aussi bien sur des dettes « commerciales » que sur des dettes « civiles » existant au jour de l'ouverture de la procédure de faillite⁷³.

Il est intéressant de souligner le terme utilisé par le législateur dans l'article 82, alinéa 1, de la loi de 1997 libellé comme suit : « L'excusabilité **éteint** les dettes du failli et décharge les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont rendues caution de ses obligations »⁷⁴. Le législateur parle d'une extinction des dettes du failli. Nous pourrions donc légitimement penser que les dettes accessoires d'une dette éteinte disparaîtraient avec celle-ci ; cependant il n'en est

⁶⁸ Anvers, 7 octobre 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 586.

⁶⁹ Liège, 16 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1376.

⁷⁰ Anvers, 22 octobre 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 287.

⁷¹ Liège, 28 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008, p. 15.

⁷² C.A., 30 juin 2004, *J.T.*, 2005, p. 80.

⁷³ D. PASTEGGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *op. cit.*, p. 651.

⁷⁴ 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, art. 29.

rien⁷⁵. La loi sur les faillites limite le bénéfice de cette extinction uniquement au failli, à son conjoint et à certaines personnes s'étant portées caution à titre gratuit du failli. Comment expliquer que toutes les dettes accessoires ne s'éteignent pas de plein droit alors même que la dette principale est éteinte ? Cette question est réglée par le législateur dans la loi du 20 juillet 2005.

Section 4 : La loi du 20 juillet 2005

La loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997, et portant des dispositions fiscales diverses⁷⁶ vient répondre aux dernières interrogations soulevées suite au texte de loi de 1997. Nous nous concentrons uniquement sur la modification majeure apportée par cette loi à savoir en ce qui concerne les effets de l'excusabilité à l'égard du failli.

L'article 82 fait un bond dans le passé et revient à son libellé original : « si le failli est déclaré excusable, il ne peut plus être poursuivi par ses créanciers »⁷⁷. En effet, le terme « éteint », ayant provoqué certaines controverses en ce qui concerne l'extinction corollaire des dettes accessoires, celui-ci est supprimé.

Bien que, comme mentionné ci-dessus, le terme « éteint » disparaisse avec la loi du 20 juillet 2005, le même problème refait son apparition en 2017 avec la nouvelle notion d'effacement. Les termes « libéré » et « effacé » font renaître l'ambiguïté supprimée par le législateur en 2002⁷⁸. Quinze ans plus tard, le même questionnement est au cœur du mécanisme d'effacement en ce qui concerne le sort des sûretés du failli, alors même que celui-ci a bénéficié de l'effacement.

Section 5 : Loi du 11 août 2017 insérant le Livre XX dans le Code de droit économique

Le législateur adopte la loi du 11 août 2017 qui modifie profondément le droit de l'insolvabilité. Cette loi introduit le Livre XX du Code de droit économique et abroge la loi du 8 août 1997 sur les faillites ainsi que celle du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises.

⁷⁵ B. INGHELS, *op. cit.*, p. 314.

⁷⁶ Loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses, *M.B.*, 28 juillet 2005.

⁷⁷ Loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses, *M.B.*, 28 juillet 2005, art. 9.

⁷⁸ N. THIRION, P. MOINEAU, D. PASTEGER, « La faillite (Titre VI CDE) », *Chroniques notariales – Volume 67*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 500.

Ce qui nous intéresse tout particulièrement est le remplacement de la notion d'excusabilité par le concept d'effacement. Le système est régi par les articles XX.173 et suivants qui mettent en place un effacement des dettes du failli personne physique.

La terminologie « excusabilité » disparaît donc pour laisser place au terme « effacement ». Pour le législateur, cette modification va bien plus loin qu'une simple évolution terminologique. Nous pouvons lire dans le projet de loi du 20 avril 2017 que « le système d'effacement est profondément différent de celui d'excusabilité »⁷⁹. L'analyse du nouveau système d'effacement est effectuée en détail dans le Titre II.

Section 6 : Les proches du failli excusé et les sûretés personnelles

Dès 1997, le sort des proches du failli et des cautions posent question. Que ce soit en jurisprudence ou en doctrine, cette problématique a fait couler beaucoup d'encre. Cette matière est représentative de la difficulté extrême qu'a le législateur d'implanter le régime d'excusabilité au sein du paysage juridique belge. Rappelons brièvement son évolution de 1997 à 2005.

Sous-section 1 : Le conjoint du failli excusé

§1 - Sous la loi du 8 août 1997

Dans son texte de 1997, la loi sur les faillites ne prévoyait aucune mesure libératoire en faveur du conjoint du failli. Dès lors, il était commode pour les créanciers du débiteur failli de reporter leurs prétentions sur le patrimoine non sujet à dessaisissement du conjoint de celui-ci⁸⁰. Dans une telle situation, non seulement le patrimoine commun des époux était visé par les créanciers, mais également le patrimoine personnel du conjoint lorsque celui-ci s'était coobligé⁸¹. Un recours indirect sur les biens du failli par ses créanciers était encore possible, ce qui est contraire au but poursuivi par le législateur⁸².

La Cour d'arbitrage dans un arrêt du 28 mars 2002 se prononce sur la question et censure cette situation. Elle déclare que : « L'article 82 de la loi sur les faillites établit une différence injustifiée entre le failli, d'une part, le conjoint de celui-ci et la caution, d'autre part ; en

⁷⁹ 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 97.

⁸⁰ F. DE PESLIN LACHERT, « De l'excusabilité à l'effacement des dettes : un juste retour à l'équilibre ? », *Actualités en droit commercial et bancaire*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 211.

⁸¹ B. INGHELS, *op. cit.*, p. 328.

⁸² B. MOUTON, « Bevrijding echtgenoten na faillissement », *NjW.*, 2010, p. 265.

permettant au tribunal d'excuser le failli sans prévoir aucune possibilité de décharger de leurs obligations le conjoint ou la caution du failli déclaré excusable, le législateur a pris une mesure qui n'est pas raisonnablement proportionnée par rapport à son objectif qui est de tenir compte de manière équilibrée des intérêts en présence lorsqu'il y a faillite et d'assurer un règlement humain qui prenne en considération la situation de toutes les parties intéressées »⁸³.

Cette décision appelait le législateur à mettre en place un régime de libération du conjoint et de décharge des cautions du failli. Tel fut le cas par le biais de la loi de réparation du 4 septembre 2002.

§2 – La loi du 4 septembre 2002

La loi du 4 septembre 2002 met en place un système de libération du conjoint et de décharge des sûretés personnelles du failli suite à l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 28 mars 2002 qui voyait dans cette différence de traitement une violation du principe d'égalité et de non-discrimination.

Cette extension de l'excusabilité au conjoint du failli a pour but d'assurer l'efficacité du principe d'excusabilité. En effet, cette extension est mise en place « non pour éviter une discrimination sur le plan de la solidarité née du mariage, mais parce que, en cas de communauté de biens, les revenus d'une nouvelles activité du failli rentrent dans le patrimoine commun. Les poursuites exercées sur les biens du conjoint par les créanciers du failli pourraient atteindre les revenus procurés par la nouvelle activité de celui-ci, ce qui serait contraire à l'objectif poursuivi »⁸⁴. Le danger était donc de porter atteinte à l'objectif même de l'excusabilité. Sans extension du bénéfice de l'excusabilité au conjoint, les revenus de la nouvelle activité du failli pourront toujours être saisis puisque son conjoint est encore tenu des anciennes dettes « excusées »⁸⁵.

L'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 prévoit donc que : « Le conjoint du failli qui **s'est** personnellement obligé à la dette de son époux est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité »⁸⁶. La première question qui s'est posée par rapport à ce texte de loi était de savoir si les dettes résultant d'une obligation légale étaient visées ou non. En effet, le texte

⁸³ C.A., 28 mars 2002, n°69/2002, *Arr. C.A.*, 2002, p. 831.

⁸⁴ C.A., 7 mars 2007, n° 37/2007, *A.C.C.*, 2007, p. 561.

⁸⁵ A. TOUSSAINT, « L'extension de l'excusabilité (nouvel effacement) aux proches du failli », *Le pli judiciaire*, liv. 44, p. 12.

⁸⁶ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997, art. 82, al. 2.

évoque seulement les dettes auxquelles le conjoint s'est personnellement engagé⁸⁷. Certains prônèrent le fait que, ne s'étant pas engagé personnellement mais étant tenu par un mécanisme légal, le conjoint restait tenu à la dette alors même que l'époux failli en était libéré⁸⁸.

La Cour d'arbitrage, saisie par question préjudicielle, condamna cette interprétation. Elle conclut dans un arrêt du 12 mai 2004 à la violation des articles 10 et 11 de la Constitution en ce que le conjoint du failli demeure obligé de payer la dette d'impôt de celui-ci alors qu'il en est lui-même déclaré excusable quant à celle-ci⁸⁹. Cette décision a été confirmée par un arrêt du 12 janvier 2005⁹⁰.

§3 - La loi du 2 février 2005

La loi du 2 février 2005 modifie l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites qui se décline alors comme suit : « Le conjoint du failli qui **est** personnellement obligé à la dette de son époux est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité »⁹¹. Par cette nouvelle terminologie, toute incertitude est donc levée. Le conjoint est libéré de toutes les dettes du failli auxquelles il est tenu personnellement, que ce soit de manière volontaire ou conséquemment à une norme légale⁹².

Cependant, plusieurs ambiguïtés ont à nouveau été relevées dans l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites malgré la modification apportée par cette loi du 2 février 2005.

La controverse la plus importante concerne les termes « obligé à la dette de son époux »⁹³. Certains se sont interrogés sur l'étendue de la libération du conjoint et ont considéré que les dettes qui impliquent directement le conjoint, c'est-à-dire celles dont le poids du recours contributoire peut leur être totalement imputé, ne sont pas soumises à l'alinéa 2 de l'article 82⁹⁴.

Cette question a donné lieu à de nombreux arrêts de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation que nous résumons rapidement.

⁸⁷ A., TOUSSAINT, *op. cit.*, p. 216.

⁸⁸ B. INGHELS, *op. cit.*, p. 328.

⁸⁹ C.A., 12 mai 2004, n°78/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 879.

⁹⁰ C.A., 12 janvier 2005, n°6/2005, *Arr. C.A.*, 2005, p. 61.

⁹¹ Loi du 2 février 2005 modifiant l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 21 février 2005, art. 2.

⁹² B. INGHELS, *op. cit.*, p. 330.

⁹³ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997, art. 82, al. 2.

⁹⁴ D. PASTEGGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *op. cit.*, p. 658.

Les deux premiers arrêts de la Cour de cassation du 14 janvier 2010⁹⁵ et du 20 mai 2010⁹⁶ vont dans le sens d'une libération accordée uniquement pour les dettes propres au failli. La doctrine se positionne d'ailleurs dans ce sens, soucieuse des termes clairs de la loi et de l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur⁹⁷.

Par un arrêt du 24 février 2011, la Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence. La Cour d'appel de Liège avait jugé que « la décharge est générale, la loi ne prévoyant pas d'exception, que ce soit pour le cas où la dette est également propre au conjoint ou pour le cas où la dette n'a pas été contractée à des fins strictement professionnelles »⁹⁸. La Cour de cassation confirme cette décision⁹⁹. Suivant cette approche de la Cour, le conjoint du failli est libéré de toutes les dettes de ce dernier, qu'elles soient propres au failli ou concernent son conjoint.

La Cour de cassation continue dans ce sens dans l'arrêt du 8 juin 2012 et déclare que l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites « s'étend à l'hypothèse où le conjoint du failli est codébiteur avec celui-ci d'une dette contractée avant la faillite par les époux et dont le conjoint du failli est dès lors personnellement tenu **même si cette dette a été souscrite au profit du patrimoine propre au conjoint** »¹⁰⁰.

La Cour de cassation saisit tout de même la Cour constitutionnelle qui confirme le point de vue de la Cour de cassation par ses arrêts du 21 mars¹⁰¹ et 13 juin 2013¹⁰². Il est à noter que la Cour limite cette analyse au failli et son conjoint mariés sous le régime de la communauté légale. Au contraire, lorsque les époux sont mariés sous le régime de séparation de biens, l'absence d'un patrimoine commun a pour conséquence que les engagements solidaires pris par ces derniers pour le financement d'un bien propre au conjoint ne permet pas d'aboutir à la libération de celui-ci¹⁰³.

⁹⁵ Cass., 14 janvier 2010, C.08.0503.N, *Pas.*, 2010, I, p. 157.

⁹⁶ Cass., 20 mai 2010, F.09.0088.N, *Pas.*, 2010, I, p. 1590.

⁹⁷ M. DEBUCQUOY, « De wet van 20 juli 2005: Koppel verschoonbaarheid & bevrijding uit elkaar », *T.R.V.*, 2006, p. 453.

⁹⁸ Liège, 24 février 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1345.

⁹⁹ Cass., 24 février 2011, C.10.0322.F, *Pas.*, 2011, I, p. 653.

¹⁰⁰ Cass., 8 juin 2012, C.11.0080.F, *Pas.*, 2012, I, p. 1322.

¹⁰¹ C.C., 21 mars 2013, n°40/2013, *Arr. C.C.*, 2013, p. 655.

¹⁰² C.C., 13 juin 2013, n°86/2013, *Arr. C.C.*, 2013, p. 1301.

¹⁰³ D. PASTEGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *op. cit.*, p. 661.

Finalement, dans un arrêt du 27 avril 2017¹⁰⁴, la Cour constitutionnelle considère que pour jouir du bénéfice de l'excusabilité, la dette du proche du failli doit soit avoir été contractée conjointement ou solidairement avec le conjoint ou cohabitant failli, soit avoir été rendue conjointe ou solidaire entre les époux ou les cohabitants par l'effet d'une disposition légale¹⁰⁵.

§4 – Le sort de l'ex-conjoint, du cohabitant légal et du cohabitant de fait

Le bénéfice de l'excusabilité ayant été étendu au conjoint du failli suite à la loi du 4 septembre 2002, c'est au tour du sort de l'ex-conjoint, du cohabitant légal et du cohabitant de fait d'être au cœur des considérations de la Cour constitutionnelle et du législateur.

Pour ce qui est de l'ex-conjoint du failli, le législateur dans une loi du 18 juillet 2008¹⁰⁶ étend le bénéfice de l'excusabilité à celui-ci. La Cour constitutionnelle était pourtant contre cette extension¹⁰⁷. Le législateur ne suit cependant pas l'avis de la Cour constitutionnelle et prévoit dans l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites que « l'ex-conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité »¹⁰⁸. La dette doit donc être née au moment où les époux sont encore mariés pour jouir de l'excusabilité, sans avoir égard au fait que le divorce ait été prononcé au jour de la déclaration de faillite¹⁰⁹.

Il est clair que cette disposition n'est plus en phase avec l'objectif principal du principe d'excusabilité qui est de promouvoir la seconde chance du failli en protégeant ses nouveaux revenus des prétentions des créanciers non désintéressés par la procédure d'insolvabilité. Le

¹⁰⁴ C.C., 27 avril 2017, n°129/2010, *Arr. C.C.*, 2010, p. 1983.

¹⁰⁵ D. PASTEGGER, « 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-T.B.H.*, 2018/3, p. 278.

¹⁰⁶ Loi du 18 juillet 2008 modifiant l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites en ce qui concerne l'excusabilité des ex-conjoints, *M.B.*, 28 août 2008.

¹⁰⁷ La Cour constitutionnelle considérait que « l'extension des effets de l'excusabilité au conjoint qui s'est personnellement obligé à la dette du failli a été instaurée parce que, en cas de communauté de biens, les revenus du failli d'une nouvelle activité professionnelle entrent dans le patrimoine. (...) Il peut dès lors se justifier de manière objective et raisonnable que les effets de l'excusabilité ne soient pas étendus au conjoint du failli non excusé ou à l'ex-conjoint du failli déclaré excusable. En effet, dans cette hypothèse, l'objectif de l'excusabilité ne saurait être menacé » : C.A., 3 mai 2006, n°67/2006, *C.A – A.*, 2006, p. 815.

¹⁰⁸ Loi du 18 juillet 2008 modifiant l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites en ce qui concerne l'excusabilité des ex-conjoints, *M.B.*, 28 août 2008, art. 2.

¹⁰⁹ M. VANMEENEN, « Wet van 18 juli 2008 tot wijziging van artikel 82 Faill. W.: gevolgen van de verschoonbaarheid uitgebreid tot voormalige echtgenoten », *R.D.C.*, 2008, p. 931.

législateur abandonne l'approche strictement juridique adoptée par la Cour constitutionnelle et se base sur des considérations éthiques^{110 111}.

En ce qui concerne le cohabitant légal, le législateur n'ayant pas réglé son sort par la loi du 18 juillet 2008, c'est la Cour constitutionnelle dans un arrêt du 18 novembre 2010¹¹² qui s'en chargea. La libération du conjoint étant accordée par la loi, la Cour constitutionnelle considéra qu'en refusant à l'ex-conjoint le bénéfice de la décharge, la loi traite différemment deux personnes se trouvant dans des situations similaires. C'est à contrecœur, étant donné la réticence de la Cour constitutionnelle à appliquer le régime libératoire à l'ex-conjoint lui-même, que celle-ci considère donc qu'il faut accorder le bénéfice de l'excusabilité au cohabitant légal du failli¹¹³. En effet, bien qu'impliquant une solidarité des cohabitants pour les dettes non excessives, la cohabitation légale ne comporte toutefois aucun patrimoine commun. L'atteinte par les créanciers des revenus du cohabitant est ainsi impossible, d'où la réticence de la Cour¹¹⁴.

Pour terminer, la Cour constitutionnelle fut interrogée sur le sort du cohabitant de fait. Elle refusa d'étendre le bénéfice de l'excusabilité à ce dernier. La Cour se justifie en déclarant que « la cohabitation de fait, n'instaure, juridiquement, pas de communauté de patrimoine, pas plus qu'elle ne crée une solidarité patrimoniale, les cohabitants de fait ne se devant pas secours et assistance »¹¹⁵. La Cour considère donc que la différence de traitement vis-à-vis de l'ex-conjoint et du cohabitant légal est justifiée¹¹⁶.

Sous-section 2 : La décharge de la caution du failli

Après avoir analysé l'évolution du sort du conjoint du failli, penchons-nous maintenant sur l'évolution du sort de la caution.

¹¹⁰ F. DE PESLIN LACHERT, *op. cit.*, pp. 212-214.

¹¹¹ Le législateur dans les travaux préparatoires justifie cette disposition par le fait que « dans une approche sociale, une modification législative doit intervenir, eu égard à la différence de traitement réservée entre, d'une part, le conjoint du failli, qui est obligé à la dette et, d'autre part, l'ex-conjoint qui, du temps du mariage, s'est obligé à la dette et qui, de par le fait de la désunion, ne peut plus bénéficier automatiquement des effets de l'éventuelle excusabilité, alors que, de surcroît, dans la plupart des cas, au moment de la faillite et dans les périodes proches de celle-ci, il n'est plus à même d'intervenir auprès de son conjoint » : *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2007-2008, n°52-1032/3, pp. 4-5.

¹¹² C.C., 18 novembre 2010, n°129/2010, A.C.C., 2010, p. 1983.

¹¹³ D. PASTEGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *op. cit.*, p. 655.

¹¹⁴ B. SCHEERS, « Verschoonbaarverklaring nu ook voor wettelijk samenwonenden », *N.F.M.*, 2011, p. 288.

¹¹⁵ C.C., 25 septembre 2014, *R.D.C.*, 2016/6, p. 549.

¹¹⁶ F. DE PESLIN LACHERT, *op. cit.*, p. 214.

§1 - Sous la loi du 8 août 1997

Le régime de décharge des sûretés personnelles était organisé par les articles 72bis, 72ter et 80 de la loi sur les faillites¹¹⁷.

Comme dit précédemment, dans sa version originale, la loi du 8 août 1997 n'offrait la libération de leurs engagements ni au conjoint du failli, ni à la caution du failli alors même que ce dernier était lui-même excusé¹¹⁸. Le mécanisme d'excusabilité n'ayant pas pour effet d'éteindre la dette et la caution étant l'accessoire de la dette principale, cette dernière devait, selon la Cour de cassation¹¹⁹, logiquement subsister.

Sous l'empire de la mouture originale de la loi sur les faillites de 1997, la caution supportait donc non seulement tout le poids de la dette du failli mais en plus, tout recours contributoire était irréalisable puisque la caution se trouvait subrogée dans les droits des créanciers¹²⁰. La Cour d'arbitrage, dans l'arrêt du 28 mars 2002¹²¹ précité, a jugé cette situation contraire au principe d'égalité.

§2 – La loi du 4 septembre 2002

La loi du 4 septembre 2002 modifie l'article 82 de la loi sur les faillites dès lors libellé comme suit : « L'excusabilité éteint les dettes du failli et décharge les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont rendues cautions de ses obligations »¹²². Les effets de l'excusabilité sont donc étendus à la personne physique qui, à titre gratuit, s'est rendue caution des obligations du failli. Ce nouvel article exige plusieurs commentaires.

Premièrement, s'est tout de suite posée la question de savoir ce qu'était une caution « à titre gratuit ». N'étant pas définie par la loi, c'est la Cour d'arbitrage dans l'arrêt du 30 juin 2004 qui précise la notion en déclarant que « la nature gratuite de la caution porte sur l'absence de tout avantage, tant direct qu'indirect, que la caution peut obtenir grâce au cautionnement »¹²³. La Cour de cassation dans un arrêt du 26 juin 2008 ajoute qu' « afin d'apprécier la gratuité du cautionnement, le juge doit se placer au moment où le cautionnement

¹¹⁷ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997, art. 72bis, 72ter, 80.

¹¹⁸ D. PASTEGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *op. cit.*, p. 664.

¹¹⁹ Cass., 16 novembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 318.

¹²⁰ B. INGHELS, *op. cit.*, p. 316.

¹²¹ C.A., 28 mars 2002, n°69/2002, *Arr. C.A.*, 2002, p. 831.

¹²² 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, art. 29.

¹²³ C.A., 30 juin 2004, *J.T.*, 2005, p. 80.

est fourni »¹²⁴. Le simple espoir d'obtenir un avantage direct ou indirect suffit dès lors pour considérer que l'engagement n'a pas été fait à titre gratuit¹²⁵.

Deuxièmement, la différence de traitement entre le conjoint ou la caution du failli et le failli lui-même en ce qui concerne la suspension des voies de recours a été jugée discriminatoire par la Cour d'arbitrage dans un arrêt du 27 avril 2005¹²⁶. Cette différence de traitement avait pour effet de créer un phénomène de « course à la caution »¹²⁷ selon lequel le créancier tentait d'obtenir une condamnation de la caution avant que l'excusabilité ne soit prononcée et donc, avant que la caution soit déchargée¹²⁸.

Troisièmement, souvenons-nous de la controverse à propos des effets de l'excusabilité qui profitent à la caution personnelle, à titre gratuit, d'une personne physique et non à la caution personnelle, à titre gratuit, d'une personne morale. En effet, la loi du 4 septembre 2002 exclut cette dernière du bénéfice de l'excusabilité. La Cour d'arbitrage a été saisie de la question. Dans un premier temps, elle rappelle que l'exclusion du principe d'excusabilité de la personne morale n'est pas discriminatoire. Cependant, elle juge que la différence de traitement du fait de la décharge de la caution de la personne physique et non de la caution d'une personne morale est discriminatoire¹²⁹. Malgré cette constatation, la Cour maintient à titre transitoire l'article 82¹³⁰.

Pour terminer, ce nouvel article 82 ne fait définitivement pas l'unanimité et ne convainc surtout pas la Cour d'arbitrage qui, dans un arrêt du 30 juin 2004, condamne également le caractère automatique de la libération des cautions. La décharge de plein droit des personnes physiques engagées, à titre gratuit, comme sûreté personnelle est considérée par la Cour¹³¹, comme disproportionnée vis-à-vis des objectifs poursuivis par la loi¹³².

¹²⁴ Cass., 26 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 720.

¹²⁵ N. OUCHINSKY, « Les innovations du livre XX du Code de droit économique en matière de faillite – Questions choisies », *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 554.

¹²⁶ C.A., 27 avril 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 618.

¹²⁷ Projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses, « Exposé des motifs », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2004-2005, 1811/001, p. 8.

¹²⁸ Y-H., LELEU, « Les faillites », *Chroniques notariales*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 216.

¹²⁹ C.A., 30 juin 2004, *J.T.*, 2005, p. 80.

¹³⁰ B. INGHELS, *op. cit.*, p. 318.

¹³¹ C.A., 30 juin 2004, *J.T.*, 2005, p. 80.

¹³² D. PASTEGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *op. cit.*, p. 664.

Dans cet arrêt du 30 juin 2004 la Cour appelle le législateur à intervenir pour répondre aux nombreuses problématiques créées par ce nouvel article 82 et lui demande de « réexaminer l'ensemble des questions posées par l'excusabilité et par le cautionnement à titre gratuit »¹³³.

§3 – La loi du 20 juillet 2005

C'est via la loi du 20 juillet 2005¹³⁴ que le législateur répond aux différents coups de boutoir assésés par la Cour constitutionnelle sur la décharge des sûretés personnelles. Nous reprenons l'ordre utilisé dans le paragraphe précédent pour analyser les solutions trouvées respectivement à chaque problématique soulevée.

Premièrement, la définition de la notion « à titre gratuit » n'est toujours pas fixée par la loi de juillet 2005. La référence reste donc toujours la définition donnée, à la fois, et par la Cour constitutionnelle et par la Cour de cassation et qui se base sur l'absence de tout avantage¹³⁵.

Deuxièmement, le législateur répond à la problématique liée à la suspension des voies de recours en faveur du failli excusable et non en faveur de la caution du failli par l'introduction de l'article 24*bis* dans la loi sur les faillites. Cet article 24*bis* prévoit désormais que : « à compter du même jugement, sont suspendues jusqu'à la clôture de la faillite les voies d'exécution à charge de la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli »¹³⁶. Le législateur met ainsi fin au phénomène de « course à la caution »¹³⁷.

Troisièmement, le législateur s'attaque également à la discrimination constatée par la Cour constitutionnelle dans l'arrêt du 30 juin 2004¹³⁸ qui porte sur le champ d'application de la décharge. Une différence injustifiée est, selon la Cour, faite entre la caution d'un failli personne physique et la caution d'une personne morale. Pour remédier à ce mal, le législateur dissocie le régime de la décharge des sûretés du régime de l'excusabilité¹³⁹. Il insère un alinéa 3 à l'article 80 de la loi sur les faillites qui dispose que « sauf lorsqu'elle a frauduleusement organisé son insolvabilité, le tribunal décharge en tout ou partie la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli lorsqu'il constate que son obligation est disproportionnée

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses, *M.B.*, 28 juillet 2005.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses, *M.B.*, 28 juillet 2005, art. 3.

¹³⁷ Projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses, « Exposé des motifs », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2004-2005, 1811/001, p. 8.

¹³⁸ C.A., 30 juin 2004, *J.T.*, 2005, p. 80.

¹³⁹ C. MUSCH, *op. cit.*, p. 548.

à ses revenus et à son patrimoine »¹⁴⁰. La dissociation entre les deux régimes permet de pallier le problème examiné puisque la caution engagée en faveur d'une personne morale faillie pourra désormais, elle aussi, bénéficier de la décharge. Toute personne ayant donné une sûreté personnelle peut, indépendamment du caractère moral ou physique de la personne faillie, obtenir la décharge de son obligation¹⁴¹.

Cette dissociation entraîne d'autres effets non négligeables. Tout d'abord, la caution d'un failli déclaré inexcusable pourra bénéficier de la décharge si elle remplit les conditions posées par l'article 80. De plus, une personne étant à la fois conjoint ou cohabitant légal et sûreté personnelle pourra bénéficier d'une libération éventuelle du fait de l'excusabilité ou bénéficier d'une décharge du fait de son rôle de sûreté personnelle à titre gratuit¹⁴².

Quatrièmement, quant au caractère automatique de la décharge, l'alinéa 3 de l'article 80 prévoit désormais certaines conditions qui mettent fin à la décharge, de plein droit, des sûretés personnelles s'étant engagées à titre gratuit. Au-delà du caractère gratuit de l'engagement, l'obligation de la caution doit être disproportionnée par rapport à ses revenus et à son patrimoine. De plus, l'alinéa 3, de l'article 80 ajoute également une condition de forme qui consiste en un dépôt au greffe du Tribunal de commerce d'une déclaration attestant de la disproportionnalité. Le législateur introduit une dernière condition qui est l'interdiction pour la sûreté personnelle d'organiser elle-même son insolvabilité¹⁴³.

En ce qui concerne la disproportionnalité, le juge ne doit aucunement prendre en compte la situation financière du créancier. C'est seulement la situation de la sûreté personnelle qui doit être analysée afin de juger de l'extension du bénéfice de l'excusabilité¹⁴⁴.

À noter que l'article 80 ne vise que la sûreté personnelle et non la sûreté réelle¹⁴⁵. Cela se justifie par le fait que le tiers affectant hypothécaire n'est tenu que sur l'immeuble affecté par l'hypothèque alors que la caution personnelle engage l'ensemble de ses biens¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses, *M.B.*, 28 juillet 2005, art. 7.

¹⁴¹ D. PASTEGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *op. cit.*, p. 664.

¹⁴² C. MUSCH, *op. cit.*, p. 548.

¹⁴³ D. PASTEGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *op. cit.*, p. 665.

¹⁴⁴ C.A., 29 novembre 2006, n° 179/2006, *Arr. C.A.*, 2006, liv. 5, p. 2259.

¹⁴⁵ E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 299.

¹⁴⁶ P. HENFLING et J. WILLEMS, « Excusabilité du failli et décharge de la caution », *Droit de la faillite. Actualités*, Liège, Jeune Barreau de Liège, 2005, p. 40.

Section 7: Inspiration du droit américain : le « fresh start »

Le système d'excusabilité s'inspire du droit américain¹⁴⁷ et, plus spécifiquement, du concept de *fresh start* ou *discharge*.

Le système d'insolvabilité américain repose sur deux piliers :

- le premier est de permettre au débiteur de prendre un nouveau départ,
- le deuxième est de prévoir une répartition équitable des actifs entre créanciers.

« America is the land of the second chance »¹⁴⁸. En effet, le système de *discharge* existe aux Etats-Unis dès 1800. Très tôt, le législateur américain permet au débiteur, non frauduleux, de bénéficier d'un effacement de ses dettes. Au-delà d'une simple règle technique, le « fresh start » est représentatif de l'esprit entrepreneurial intrinsèquement inscrit dans l'ADN américain¹⁴⁹.

Ce système américain, au sein duquel l'idée de seconde chance est centrale, paraît efficace et influence de nombreux pays¹⁵⁰. Le système de seconde chance est d'ailleurs, à l'heure actuelle, au cœur des préoccupations de l'Union européenne. Elles se traduisent par la recommandation 2014/135/UE relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises¹⁵¹ et par la proposition de directive sur les procédures d'insolvabilité¹⁵².

Sous-section 1 : Droit comparé entre le droit américain et le droit belge

Aux Etats-Unis, « the goal of the fresh start policy is to give the honest-but-unfortunate debtor a new opportunity in life free from the pressure and discouragement of pre-existing debts »¹⁵³. Le droit américain justifie ce droit à un nouveau départ par deux raisons :

¹⁴⁷ S. BRIJS, « Fresh start en discharge ingevoerd in het Belgische insolventierecht: een tweede kans voor de wetgever », *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 156-170.

¹⁴⁸ G. W. BUSH, *State of the Union Address*, January 20, 2004.

¹⁴⁹ S. SCHILLER, « L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ ? Comparaison franco-américaine », *R.I.D.C.*, 3-2004, p. 667.

¹⁵⁰ E. LHERITIER, « Perspectives comparées vis-à-vis de la gestion du risque d'insolvabilité : l'exemple américain », *Le nouveau droit européen des faillites internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 47-60.

¹⁵¹ Recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à la nouvelle approche européenne en matière de défaillance et d'insolvabilité des entreprises, disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:074:0065:0070:FR:PDF>.

¹⁵² Proposition de directive du 22 novembre 2016 relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/EU, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/COM-2016-723-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>.

¹⁵³ R.F. SALVIN, « Student loans, bankruptcy, and fresh start policy: must debtors be impoverished to discharge educational loans », *Tulane law review*, Vol. 71, 1996, p. 174.

- Premièrement, faire supporter toute sa vie durant au débiteur failli honnête les conséquences des mauvaises affaires paraît totalement injuste.
- Deuxièmement, c'est l'économie elle-même qui justifie la seconde chance¹⁵⁴.

Le législateur américain est en recherche constante d'un équilibre entre un allègement de la charge pour le débiteur et la promotion des intérêts compensatoires, tels que la maximisation du rendement total des créanciers¹⁵⁵.

En 1997, le législateur belge inspiré par le droit américain et influencé par les institutions européennes introduit dans notre droit belge ce système de seconde chance en vue de la réinsertion économique du débiteur failli. Le droit belge reprend l'exigence du failli « honnête mais malheureux » qui doit pouvoir reprendre une activité sans être poursuivi par ses anciens créanciers. En droit américain, suite à la procédure d'insolvabilité, « debts not paid in this way are "discharged", meaning that the creditors cannot look to property subsequently acquired by the debtor for repayment of debt. The debtor begins his/her financial life with a clean slate, or "fresh start" »¹⁵⁶. Le système d'excusabilité introduit par le législateur belge semble donc à première vue très similaire au système américain.

Le droit américain, cependant, se distingue du droit belge en ce que le système d'exception au *discharge* est bien plus élaboré que celui de l'excusabilité. En effet, la loi sur les faillites de 1997 ne prévoit d'exception à l'article 82, alinéa 3, que pour les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer un dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute. A contrario, le Code américain contient une longue liste d'exceptions au système de *discharge*.

Pour atteindre un équilibre entre les intérêts concurrents (ceux du débiteur et ceux du créancier) le législateur a prévu cette liste de dettes présumées ou catégoriquement *nondischargeable*. En effet, le Congrès considère que « in some circumstances, public policy considerations override the need to provide the debtor with a fresh start »¹⁵⁷. Ainsi, par exemple, ne peuvent bénéficier du système de *discharge* ; les dettes résultant soit d'une fraude du débiteur, soit d'une obligation alimentaire, soit d'un préjudice intentionnel et malveillant causé

¹⁵⁴ W. DERIJCKE et F. T'KINT, « Le principe du droit à un nouveau départ », *Rép. not.*, Tome XII, Le droit commercial et économique, Livre 12, La faillite, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 520, pp. 362-364.

¹⁵⁵ K.M. LEWIS, « How Hard Should it be to Discharge a Student Loan in Bankruptcy », *Congressional Research Service*, August 2018, available on <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10192.pdf>

¹⁵⁶ W.C. WHITFORD, « Changing definitions of fresh start in U.S. Bankruptcy law », *Journal of consumer policy*, 1997, p. 179.

¹⁵⁷ K.M. LEWIS, *op. cit.*, available on <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10192.pdf>

par le débiteur à une autre entité ou aux biens d'une autre entité, les dettes nées en cas de décès ou de lésions corporelles causés par la conduite par le débiteur d'un véhicule à moteur, d'un bateau ou d'un aéronef, si cette conduite était illégale parce que le débiteur était intoxiqué par l'alcool, une drogue ou une autre substance, etc,...¹⁵⁸. Le nombre d'exceptions étant élevé, un auteur américain parle, non pas de *fresh start*, mais de *slate start*, c'est-à-dire un départ avec ardoise¹⁵⁹.

Le principe du *discharge* peut être la source de dérives. Le législateur américain l'a bien compris et c'est la raison pour laquelle il a élaboré un système de libération automatique modéré par une liste d'exceptions pertinentes. Un exemple de ces dérives est le cas du *student loan*. Aux Etats-Unis, c'est aux étudiants de financer leurs études dont le coût est souvent extrêmement élevé. Pour ce faire, ils se retrouvent habituellement dans l'obligation de contracter des emprunts. Un phénomène très répandu aux Etats-Unis était l'aveu de faillite de ces étudiants qui, de cette manière, se voyaient libérés de leur *student loan*. En réponse à ces aveux excessifs, le législateur américain introduit l'article 523(a)(8) dans le Bankruptcy Code qui limite fortement les circonstances dans lesquelles un débiteur peut être libéré d'un prêt étudiant dans le cadre du processus de faillite. Un débiteur ne peut être libéré d'un prêt étudiant à moins qu'il ne prouve que l'absence d'une telle libération lui imposerait à lui et aux personnes à sa charge une contrainte excessive¹⁶⁰.

La mentalité américaine semble tout à fait pure de tout jugement négatif à l'égard du failli contrairement à notre mentalité européenne désuète qui abandonne difficilement l'image péjorative associée à la faillite. Aux Etats-Unis, pour autant que le failli ne soit pas malhonnête, celui-ci est considéré presque comme courageux ; il s'est lancé dans une entreprise parfois difficile qui favorise l'entrepreneuriat et l'économie en général. Malgré l'échec, quelque chose de bénéfique peut être retiré de cette expérience, l'ex-failli peut apprendre, sortir grandi et se relancer dans une nouvelle entreprise sans refaire les mêmes erreurs que dans le passé. Comme l'a dit Nelson Mandela : « La plus grande gloire n'est pas de ne jamais tomber, mais de se relever à chaque chute »¹⁶¹. Voilà qui est caractéristique de cette mentalité américaine que le législateur belge tente toujours plus d'adopter via le nouveau système d'effacement. Nous verrons ci-après s'il y parvient ou pas.

¹⁵⁸ United States Code, title 11, chapter 5, subchapter II, section 523.

¹⁵⁹ W.C. WHITFORD, *op. cit.*, p. 191.

¹⁶⁰ United States Code, title 11, chapter 5, subchapter II, section 523(a)(8).

¹⁶¹ N. MANDELA, *Un long chemin vers la liberté*, 1996.

TITRE II : L'EFFACEMENT

Ce deuxième Titre est dédié au nouveau mécanisme d'effacement venu remplacer le système d'excusabilité analysé ci-dessus. Dans un premier temps, seront inventoriés le système d'effacement en général, ses objectifs, ses conditions, sa procédure, ... Le deuxième chapitre étudiera le bien-fondé de cet effacement et pour ce faire, le point de vue d'acteurs de terrain viendra étoffer notre étude sur la question. Troisièmement, nous analyserons les conséquences de ce nouveau mécanisme sur la société. Dans le quatrième et dernier volet, un regard critique sur cette réforme sera donné.

Chapitre 1 : Qu'est-ce que l'effacement ?

Pour débiter, sera établi le répertoire des principales caractéristiques du système d'effacement. Après quelques considérations générales sur ce mécanisme introduit dans le Livre XX du Code de droit économique (*Section 1*), seront passés en revue successivement les objectifs (*Section 2*), les conditions (*Section 3*), les effets (*Section 4*), le refus (*Section 5*), la procédure (*Section 6*), la limitation du principe de dessaisissement (*Section 7*), la situation des proches du failli (*Section 8*), la situation des sûretés personnelles (*Section 9*), l'influence du droit européen sur ce nouveau système de libération (*Section 10*) et enfin, les motivations économiques derrière ce système de libération du débiteur failli (*Section 11*).

Section 1 : Réforme de l'insolvabilité : considérations générales en matière d'effacement

Comme évoqué précédemment, par l'adoption de la loi du 11 août 2017, le législateur introduit dans le Code de droit économique le nouveau Livre XX. Les titres V et VI contiennent les dispositions applicables à l'insolvabilité¹⁶². Parmi les innovations majeures qu'apporte ce nouveau Livre XX, celle qui retient notre attention est la transformation du système d'excusabilité en effacement. Ce mécanisme est régi aux articles XX.173 et suivants du Code de droit économique.

Section 2 : Objectifs de l'effacement

Dans le projet de loi, les rédacteurs du Livre XX déclarent que l'objectif principal est de « promouvoir la seconde chance qui encourage l'entrepreneuriat et permet un nouveau départ. L'échec ne doit plus être stigmatisant »¹⁶³. La justification du principe d'effacement est

¹⁶² Z. PLETINCKX, *op. cit.*, p. 466.

¹⁶³ 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 par D. JANSSENS et A. VANHESTE, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/004, p. 4.

similaire à celle du principe d'excusabilité qui avait été explicitée lors de l'adoption de la loi du 8 août 1997. À nouveau, le législateur a pour but, à la fois, d'humaniser la faillite, de casser l'image péjorative qui gravite autour d'elle et de permettre au débiteur failli de se relancer dans une nouvelle activité pour supporter l'entrepreneuriat et, plus largement, l'intérêt général. Il paraît donc logique de penser que le système d'effacement doit être encore plus en faveur du débiteur failli en facilitant son accès à cette mesure libératoire.

La modification terminologique d'excusabilité à effacement participe à cet objectif de déstigmatisation de l'insolvabilité. Son but est de supprimer le caractère dévalorisant associé au processus de libération du débiteur failli depuis l'Antiquité. En effet, le droit romain considérait l'insolvabilité comme une faute grave qui pouvait même mener à la peine de mort. Au Moyen-Âge encore, l'insolvabilité pouvait donner lieu à des peines civiles et pénales telles que le bannissement. Lorsque le législateur en 1997 met en place un système effectif de libération du débiteur failli, celui-ci est bien évidemment influencé par la mentalité européenne gravée au sein du continent depuis des siècles. Il paraît adéquat pour le législateur d'utiliser le terme « excuser » afin de qualifier cette faveur faite au débiteur qui a failli dans son entreprise. Ce dernier doit présenter des excuses au tribunal qui décidera ou non de les lui accorder¹⁶⁴. On comprend donc toute l'importance de modifier ce terme afin d'atteindre l'objectif recommandé par la Commission de mettre fin à la stigmatisation sociale de l'insolvabilité.

Dans le projet de loi, ce nouveau mécanisme est, selon les rédacteurs, « profondément différent »¹⁶⁵ de celui de l'excusabilité. Afin de juger de ce changement estimé fondamental opéré par le législateur, les conditions à mettre en place pour obtenir l'effacement font l'objet de la section 3 ci-dessous.

Section 3 : Conditions de l'effacement

Selon le législateur, l'effacement offre au débiteur failli « un système par lequel les dettes résiduelles après liquidation des biens saisissables sont automatiquement effacées »¹⁶⁶. Cependant, les paragraphes 2 et 3 de l'article XX.173 imposent des conditions qui altèrent fortement le caractère soi-disant automatique de l'effacement.

¹⁶⁴ N. OUCHINSKY, *op. cit.*, p. 546.

¹⁶⁵ 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 97.

¹⁶⁶ *Ibid.*

Sous-section 1 : La requête en effacement

La première condition, selon nous, la plus contradictoire avec cette automaticité de l'effacement, est l'exigence d'une requête qui doit être déposée par le débiteur failli auprès du tribunal de l'entreprise. En effet, le paragraphe 2 de l'article XX.173 dispose que « l'effacement est uniquement octroyé par le tribunal à la requête du failli »¹⁶⁷. De plus, le délai imposé au débiteur failli pour effectuer cette requête est de seulement trois mois après la publication du jugement de la faillite. Comment parler d'automaticité alors que le failli doit désormais demander l'effacement, de surcroît dans un délai si court? La situation du failli à ce niveau s'est détériorée, puisque sous l'empire de la loi du 8 août 1997, le tribunal du commerce se prononçait d'office sur l'excusabilité conformément aux articles 73 et 80 de la loi sur les faillites¹⁶⁸. Qu'en est-il si le failli n'effectue pas la requête dans le temps imparti ? La loi ne le précise pas mais les travaux préparatoires sont clairs : si 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 »¹⁶⁹. Si ce délai est, comme l'insinuent les travaux préparatoires, à peine de forclusion, cela pourra engendrer des conséquences désastreuses pour le débiteur failli. Monsieur Etienne Hody, juge du tribunal de l'entreprise des divisions Namur et Dinant nous témoigne ci-dessous (cf. annexe n°2) d'un cas frappant dans lequel il décide, le délai de trois mois étant pourtant écoulé, d'accepter, au vu des circonstances, la requête en effacement. Sera-t-il du ressort du tribunal de décider de façon prétorienne, en fonction du cas d'espèce, des conséquences de ce délai ? C'est un débat qui, il faut le craindre, fera certainement couler beaucoup d'encre.

Un paramètre à prendre en compte est la possible ignorance du débiteur failli. Rien dans la loi n'impose au curateur d'informer celui-ci de l'existence du mécanisme d'effacement. Les travaux préparatoires soulignent que « les formulaires sur la base desquels l'aveu de la faillite sera fait, contiendront une rubrique dans laquelle le débiteur signale son souhait d'en bénéficier (de l'effacement) »¹⁷⁰. Dans ces conditions, l'attention du failli sera attirée sur la possibilité de

¹⁶⁷ C.D.E., art. XX.173, §2.

¹⁶⁸ 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 », *op. cit.*, p. 272.

¹⁶⁹ Projet de loi du 20 avril 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 89.

¹⁷⁰ *Ibid.*

demander l'effacement. Cependant, lorsque la faillite interviendra par défaut, le failli pourra être totalement privé du mécanisme libérateur¹⁷¹.

Cette nouvelle exigence est donc lourde de conséquences et l'interrogation qui peut légitimement se poser est la suivante : n'y aura-t-il pas moins d'effacement que d'excusabilité suite à cette réforme? Si c'est le cas, cette situation serait en contradiction totale avec les objectifs de la réforme d'encourager l'entrepreneuriat, de faire un pas de plus vers le débiteur failli en lui permettant de se lancer dans une nouvelle activité. Le but du législateur n'est-il pas de faciliter la libération du failli ? Cette première condition est une embuche qui nous permet d'en douter.

Sous-section 2 : Absence d'opposition à l'effacement

La deuxième condition est l'absence d'opposition à l'effacement de tout intéressé en cas de faute grave et caractérisée. Le paragraphe 3 du l'article XX.173 prévoit que, désormais, toute personne intéressée peut s'opposer à l'effacement pour autant que le failli ait commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite. Le législateur qui, comme en 1997, semble laisser tomber son idée du « gentil ou méchant » failli, maintient pourtant le refus de l'effacement en cas de fautes graves et caractérisées. Malgré tout, selon les travaux préparatoires, le refus de l'effacement doit rester exceptionnel¹⁷².

Le recours du tiers intéressé peut s'effectuer de deux façons, de manière préventive ou de manière curative. En effet, tout tiers intéressé peut soit s'opposer à l'effacement avant même que la décision ayant trait à celui-ci ne soit rendue, soit former tierce opposition contre le jugement ayant accordé l'effacement. Dans le deuxième cas, cette tierce opposition doit être faite au plus tard trois mois à compter de la publication de la décision au Moniteur belge¹⁷³. La tierce opposition n'a, en principe, pas pour effet de suspendre l'effacement. Cependant les travaux préparatoires indiquent que « conformément à l'article 1127 du Code judiciaire (...), le créancier opposant pourrait demander que la décision rendue sur l'effacement ne produise provisoirement pas d'effet parce qu'il serait exposé à un préjudice concret et qu'il souhaite donc

¹⁷¹ 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 », *op. cit.*, p. 272.

¹⁷² 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 89.

¹⁷³ N. OUCHINSKY, *op. cit.*, pp. 550 et 551.

encore pouvoir exercer son action à titre conservatoire (faire valoir des droits sur de nouveaux revenus du débiteur failli par exemple) »¹⁷⁴.

À nouveau, cette seconde condition nous pousse à penser que le législateur tentant de faire un pas en avant vers un système plus favorable de libération du failli, fait aussitôt un pas arrière. Il est vrai que le législateur supprime les conditions à consonnance péjorative de « malheureux » et de « bonne foi », le ministre de la Justice déclare en effet qu' : « il convient d'abandonner cette terminologie dépassée et lourdement connotée d'un point de vue moral »¹⁷⁵. Cependant, le même ministre continue en déclarant que : « la bonne foi du failli est un élément essentiel que le juge doit prendre en considération lorsqu'il se prononce sur l'effacement des dettes »¹⁷⁶. Ces propos sont donc antinomiques. Quoi de plus moralisateur que le principe de bonne foi ? Le législateur ne semble pas parvenir à franchir le pas et à se plonger totalement dans une politique plus économiste que moralisatrice.

Section 4 : Les effets de l'effacement

En ce qui concerne les effets de l'effacement, comme sous le régime de la loi de 1997, toutes les dettes sont concernées, qu'elles soient de nature professionnelle ou privée, à l'exception des dettes alimentaires et de celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute.

Néanmoins, le paragraphe 3 de l'article XX.173 apporte une modification majeure, à savoir la possibilité pour le juge d'accorder un effacement partiel lorsqu'un tiers intéressé s'est opposé par requête à cet effacement. Sous l'empire de la loi de 1997, c'était tout ou rien : les rares décisions octroyant une excusabilité partielle étant vivement critiquées par la doctrine¹⁷⁷. Il n'y a, à l'heure actuelle, pas encore de cas dans lequel un effacement partiel a été accordé par le juge. La loi n'explique pas comment cet effacement partiel doit être appliqué. Est-ce qu'on

¹⁷⁴ 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, Amendements, *Doc. parl.* Ch. repr., 2016-2017, n°54-2017/006, p. 71.

¹⁷⁵ 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 par D. JANSSENS et A. VANHESTE, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/004, p. 54.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ 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 », *op. cit.*, p. 275.

efface une proportion de toutes les dettes ? Ou efface-t-on certaines dettes et d'autres pas ? Et si oui, lesquelles ?

Enfin, alors que l'excusabilité n'avait pour effet qu'une simple suspension des voies d'exécution, le nouveau mécanisme de libération du failli est « un système par lequel les dettes résiduelles après liquidations des biens saisissables sont automatiquement effacées »¹⁷⁸. Cet effacement a pour avantage de mettre fin de manière certaine et définitive à la dette principale. Ceci n'était pas le cas avec le système d'excusabilité qui opérait une survie passive des dettes¹⁷⁹. Malgré cette avancée en faveur de la sécurité juridique, l'effacement fait renaître un paradoxe qui, sans aucun doute, ravivera certaines polémiques telles des fantômes du passé au sein des débats prenant place devant nos hautes juridictions. En effet, comme mentionné dans la section 4 du Titre I, la loi du 20 juillet 2005 avait supprimé le terme « éteint » de l'article 82 de la loi sur les faillites étant donné les âpres débats qu'il avait provoqués au sujet de l'extinction corollaire des dettes accessoires. Aujourd'hui, la loi du 11 août 2017 réintroduit cette incohérence de maintenir les effets des sûretés garantissant des dettes qui, elles-mêmes, sont « effacées »¹⁸⁰. En effet, l'article XX.175 du Code de droit économique précise que « l'effacement ne profite pas aux codébiteurs ni aux constituants de sûretés personnelles »¹⁸¹. Bien que le législateur ne précise pas la portée exacte de la notion d'effacement, cette nouvelle terminologie donne à penser que lorsqu'une dette est effacée, elle disparaît de l'ordonnement juridique. La décharge automatique des cautions devrait donc logiquement, selon la terminologie utilisée, découler de cette situation.

Section 5 : Refus de l'effacement

L'effacement reste, bien qu'automatique selon les travaux préparatoires, soumis à une décision du tribunal, en cas d'opposition, qui peut être prononcée au plus tôt six mois après le jugement déclaratif de faillite¹⁸².

Sous-section 1 : Une faute grave et caractérisée ?

Les modifications des conditions de fond qui autorisent le tribunal à refuser l'effacement ne semblent que terminologiques. En effet, les références au failli « malheureux » et de « bonne

¹⁷⁸ 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 89.

¹⁷⁹ F. DE PESLIN LACHERT, *op. cit.*, p. 227.

¹⁸⁰ N. OUCHINSKY, *op. cit.*, p. 546.

¹⁸¹ C.D.E., art. XX. 175.

¹⁸² W. DERJICKE, « De l'excusabilité du failli à l'effacement de ses dettes », *op. cit.*, p. 221.

foi » ont été abandonnées. Néanmoins, la doctrine enseignait déjà que, pour accorder l'excusabilité, le failli ne devait pas s'être rendu coupable d'une « faute grave ayant contribué à la faillite ou à l'aggravation du passif de la faillite »¹⁸³. La jurisprudence autorisait l'excusabilité au failli « digne de confiance », qui pouvait dès lors se relancer dans une activité économique¹⁸⁴. La faute grave et caractérisée correspond à une infraction qui n'aurait pas été commise par tout dirigeant normalement prudent et diligent placé dans les mêmes conditions. La faute doit aussi avoir contribué à la faillite¹⁸⁵. Nous pouvons déduire de ce qui vient d'être mentionné, que la jurisprudence et la doctrine développées en cette matière sous l'empire de l'excusabilité peut en réalité s'appliquer également à l'effacement¹⁸⁶.

Sous-section 2 : Conséquences pour le curateur

Bien que, dans les faits, les critères d'évaluation utilisés par les juridictions pour refuser l'effacement ne sont pas très différents de ceux utilisés sous l'empire de l'excusabilité, une modification importante est que désormais, seules les circonstances antérieures ou concomitantes à la procédure de faillites soient prises en compte par le juge. En effet, sous la loi de 1997, le juge prenait régulièrement en compte le comportement du failli pendant la procédure de faillite afin d'évaluer le caractère malheureux et de bonne foi de celui-ci¹⁸⁷. Le libellé de l'article XX.173, §3, permet d'affirmer que seules les fautes graves et caractérisées « qui ont contribué à la faillite »¹⁸⁸ sont prises en considération pour juger de l'effacement. Dès lors, le comportement du failli postérieur à l'ouverture de la faillite ne doit pas entrer en ligne de compte pour le juge¹⁸⁹.

Quelles sont les conséquences de ces nouvelles conditions sur le curateur ? Est-ce que, dans la pratique, le failli ne serait pas moins enclin à collaborer avec le curateur puisque ce comportement n'aura plus aucune influence sur la possibilité d'obtenir l'effacement ? Selon Benoit Hoc, avocat spécialisé en droit commercial, il n'en est rien : « ça n'entraîne à mon sens aucun intérêt pour le failli de moins collaborer puisque ça ne ferait que corroborer le fait qu'il

¹⁸³ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 762.

¹⁸⁴ Mons, 3 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 45.

¹⁸⁵ Y. GODFROID, « La liquidation des entreprises en difficulté », *Les réformes du droit économique : premières applications*, Liège, Anthémis, 2019, p. 152.

¹⁸⁶ 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 », *op. cit.*, p. 274.

¹⁸⁷ Anvers, 7 octobre 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 586 ; Anvers, 22 octobre 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 287 ; Liège, 28 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008, p. 15 ; Liège, 7 décembre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 451.

¹⁸⁸ C.D.E., art. XX.173, §3.

¹⁸⁹ W. DERIJCKE, « De l'excusabilité du failli à l'effacement de ses dettes », *op. cit.*, p. 221.

veut masquer, volontairement de surcroît, des informations utiles au curateur pour qu'il n'investigue pas trop »¹⁹⁰.

Sous-section 3 : Lien avec les interdictions professionnelles

Les conditions de fautes graves et caractérisées sont également reprises par le législateur à l'article XX.229, §1, du Code de droit économique selon lequel : « Le tribunal de l'insolvabilité qui a déclaré la faillite, ou si celle-ci a été déclarée à l'étranger, le tribunal de l'insolvabilité de Bruxelles, 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 »¹⁹¹. La faute grave et caractérisée est donc une condition de l'interdiction professionnelle. En effet, l'interdiction est privée d'effet ou impossible dans les cas où l'effacement a été accordé¹⁹². L'article XX.235 dispose que : « Les effets des arrêts et jugements d'interdiction prennent fin (...) si le failli obtient sa réhabilitation »¹⁹³ tandis que l'article XX.237 dispose que : « Le failli qui n'a pas obtenu l'effacement et qui a intégralement acquitté en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues, peut obtenir sa réhabilitation. Le failli qui a obtenu l'effacement est réputé réhabilité »¹⁹⁴.

Section 6 : Procédure de l'effacement

L'article XX.173, §2, impose donc désormais au débiteur failli de formuler sa demande d'effacement par requête. Celle-ci doit être déposée soit en même temps que l'aveu de faillite, soit au plus tard trois mois après la publication du jugement déclaratif de faillite dans le registre central. Cette demande est communiquée au curateur par le greffier. Le curateur doit dans le mois faire un rapport sur les circonstances qui pourraient donner lieu à un constat de faute grave et caractérisée¹⁹⁵.

Grâce à cette nouvelle procédure, dans le cas et seulement dans le cas où le débiteur a bien déposé sa requête dans le délai imparti, la position du débiteur failli se trouve améliorée. En effet, seule l'opposition d'un intéressé peut freiner l'obtention de l'effacement. Alors que sous le régime de l'excusabilité, celle-ci était examinée par le tribunal après le rapport du juge-

¹⁹⁰ Voir annexe n°1.

¹⁹¹ C.D.E., art. XX.229, §1.

¹⁹² D. SAVATIC, « Le nouveau droit de l'insolvabilité : tout aboutissement est un commencement », *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 36.

¹⁹³ C.D.E., art. XX.235.

¹⁹⁴ C.D.E., art. XX.237, alinéa 1 et 2.

¹⁹⁵ N. OUCHINSKY, *op. cit.*, p. 546.

commissaire, suivi de la délibération lors de l'audience de reddition des comptes des créanciers et enfin, l'avis du ministère public. Avec le nouveau système, dans le cas où aucune opposition n'est faite, le tribunal n'a pas de marge d'appréciation, il devra d'office accorder l'effacement. Le curateur pour sa part, ne bénéficie que d'un mois à partir de la requête en effacement pour rendre son rapport¹⁹⁶ ; mais dans un délai aussi court il lui sera bien difficile de rassembler des faits avérés. À tel point que certaines juridictions, conscientes de l'insuffisance de temps qui lui est accordé pour réaliser un rapport complet, suggèrent de ne pas en déposer¹⁹⁷.

Bien que le tribunal statue normalement sur la demande en effacement au moment de la clôture de la faillite, l'article XX.173, §2, alinéa 2, prévoit une procédure d'effacement anticipé. Par cette procédure, le tribunal peut se prononcer sur l'effacement avant la clôture de la faillite. En effet, la loi prévoit que « 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 »¹⁹⁸. Ce délai était initialement de trois mois dans les travaux préparatoires mais a été augmenté à six mois via l'amendement n°134 justifié par le fait que ce plus long délai offre « une plus grande marge pour identifier les circonstances de la faillite, plus particulièrement les éventuelles fautes graves et caractérisées du failli qui ont contribué à la faillite, de sorte que les intéressés peuvent réagir en temps utile »¹⁹⁹. D. Pasteger souligne l'avantage limité que peut représenter l'effacement anticipé étant donné le fait que « d'une part, les actions des créanciers susceptibles d'être affectés par l'effacement restent suspendues tant que dure le dessaisissement (art. XX.117 à XX. 121 C.D.E), à savoir jusqu'à la clôture de la faillite ; d'autre part, les nouveaux revenus du failli échappent, de plein droit, au dessaisissement et donc à la mainmise du curateur (art. XX. 110 C.D.E.) »²⁰⁰.

L'article XX.173, §2, alinéa 2, prévoit également une possibilité pour le débiteur failli, lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'ouverture de la faillite, de demander au tribunal la communication des raisons pour lesquelles il ne s'est pas prononcé sur sa demande

¹⁹⁶ 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 », *op. cit.*, p. 273.

¹⁹⁷ Y. GODFROID, *op. cit.*, p. 151.

¹⁹⁸ C.D.E., XX.173, §2, alinéa 2.

¹⁹⁹ 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, Amendements, *Doc. parl.* Ch. repr., 2016-2017, n°54-2017/006, p. 70.

²⁰⁰ 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 », *op. cit.*, p. 276.

d'effacement. Cette communication ne peut pas préjuger de la décision qui sera rendue sur l'effacement²⁰¹.

Ces règles s'inscrivent dans la droite ligne de ce qui a été préconisé par la Commission dans la recommandation de 2014, à savoir une procédure d'insolvabilité rapide.

L'article XX.173, §2, alinéa 3, prévoit que le tribunal se prononce sur l'effacement au plus tard à la clôture de la procédure de faillite. Il prévoit également que dans le cas où la clôture a lieu moins de trois mois après la publication du jugement déclaratif de faillite, le tribunal statue dans un délai d'un mois après la requête²⁰².

Le dernier alinéa de l'article XX.173, §2, prévoit que « Le jugement ordonnant l'effacement du débiteur est communiqué par le greffier au curateur et est déposé au registre. Il est publié par extrait par les soins du curateur au Moniteur belge »²⁰³.

Section 7 : La limitation du principe de dessaisissement du failli personne physique

Une modification majeure apportée par la réforme de l'insolvabilité est la nouvelle définition du dessaisissement.

Commençons par exposer les grandes lignes de ce principe. Le dessaisissement est un mécanisme dont l'objectif est d'éviter que le failli diminue son actif ou augmente son passif, ce qui aurait pour effet de porter atteinte aux droits des créanciers. Le dessaisissement entraîne

- premièrement, l'impossibilité pour le débiteur failli de poser des actes de disposition et d'administration sur ses biens et,
- deuxièmement, la transmission au curateur de la gestion et l'administration du patrimoine du débiteur²⁰⁴.

Malgré ce dessaisissement, le débiteur failli reste le propriétaire de ses biens et toute vente faite par le curateur entraîne un transfert de propriété directement du failli vers l'acquéreur²⁰⁵.

²⁰¹ C.D.E., XX.173, §2, alinéa 2.

²⁰² C.D.E., XX.173, §2, alinéa 3.

²⁰³ C.D.E., XX.173, §2, alinéa 4.

²⁰⁴ 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 Pée, 1929, p. 97.

²⁰⁵ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Editions Fechey, 1949, p. 159.

Sous l'empire de la loi de 1997, l'article 16 prévoyait que le dessaisissement s'étendait à « tous les biens du failli, même ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite »²⁰⁶. Le dessaisissement était donc général et portait sur l'ensemble des biens que ceux-ci soient mobiliers ou immobiliers, civils ou commerciaux, présents ou à échoir²⁰⁷. Les biens qui étaient le résultat d'une nouvelle activité (à l'exception des frais et charges engendrés par cette activité) ainsi que les biens légués au failli (à l'exception des dettes grevant l'actif) étaient également visés par le dessaisissement²⁰⁸. L'article 16 de la loi sur les faillites prévoyait néanmoins de nombreuses exceptions à ce dessaisissement comme les droits à caractère personnel, les biens insaisissables, les indemnités accordées au failli pour la réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite²⁰⁹.

La loi du 11 août 2017 modifie le dessaisissement et opère une véritable cristallisation de l'actif au moment de l'ouverture de la faillite²¹⁰ qui a pour but d'encourager et de favoriser le nouveau départ du failli²¹¹. L'article XX.110 du Code de droit économique limite le dessaisissement en ce qui concerne les biens futurs à « ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite en vertu d'une cause antérieure à l'ouverture de la faillite »²¹². Ce changement est, selon W. Derijcke, notable²¹³. En effet, la Cour de cassation dans un arrêt du 25 septembre 2014 déclarait qu'« il ne résulte pas des dispositions légales relatives au dessaisissement et à l'excusabilité et notamment de la possibilité d'anticiper celle-ci que lorsque le tribunal prononce l'excusabilité du failli avant d'ordonner la clôture de la faillite, les biens qui échoient au failli postérieurement à cette décision sont exclus de l'actif de la faillite »²¹⁴.

Depuis la loi du 20 juillet 2005, le débiteur failli avait la possibilité d'obtenir l'excusabilité avant la clôture de la faillite. Ce mécanisme d'excusabilité anticipée n'avait en réalité aucune effectivité. En effet, les nouveaux revenus du failli dessaisi de son patrimoine, n'étaient pas à l'abri des actions des créanciers, puisque ces revenus venaient enrichir l'actif de la faillite, et n'étaient pas non plus libérés, l'excusabilité n'intervenant que lorsque le

²⁰⁶ Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997, art. 16.

²⁰⁷ E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, p. 44.

²⁰⁸ J. DE SMET, *Ondernemingen in moeilijkheden. Grondige analyse van de faillissementswet en de strafrechtelijke bepalingen*, Gand, Story Publishers, p. 69.

²⁰⁹ Fl. GEORGE, « La réforme de la faillite », *op. cit.*, pp. 180 et 181.

²¹⁰ P. MOINEAU, *op. cit.*, p. 22.

²¹¹ 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 83.

²¹² C.D.E, art. XX.110, §1.

²¹³ W. DERIJCKE, « De l'excusabilité du failli à l'effacement de ses dettes », *op. cit.*, p. 221.

²¹⁴ C.C., 25 septembre 2014, *R.D.C.*, 2016/6, p. 549.

dessaisissement prenait fin avec la clôture de la faillite²¹⁵. La question qui se posait était de savoir comment le débiteur failli était supposé prendre un nouveau départ alors que ce dernier ne disposait jusqu'à la clôture de la faillite d'aucun revenu²¹⁶ ? Le législateur remédie à ce problème en apportant une solution déjà suggérée par la jurisprudence²¹⁷. L'article XX.110 permet aux revenus de la nouvelle activité d'être protégés des prétentions des créanciers, ce qui opère une véritable cristallisation de l'actif²¹⁸. Ainsi, le dessaisissement ne vise désormais plus les biens « qui sont le produit des prestations de travail effectuées après la faillite, ou des héritages recueillis à la suite d'un décès survenu après la faillite ou des donations postérieures »²¹⁹. Cet effacement anticipé reste aujourd'hui toujours peu avantageux comme nous l'avons relevé précédemment. Quoiqu'il arrive, en effet, les actions des créanciers pouvant subir l'effacement sont de toute façon suspendues tant que dure le dessaisissement et, de surcroît, les nouveaux revenus échappent désormais au dessaisissement grâce au nouvel article XX.110 et donc à toute prétention du curateur²²⁰.

Section 8 : Les proches du failli

Nous avons exploré de manière approfondie le sort des proches du failli sous le mécanisme d'excusabilité, de même que les nombreuses controverses à ce sujet. Voyons à présent le nouveau système mis en place par le Livre XX du Code de droit économique.

Le régime change au niveau de l'étendue de la libération accordée aux proches du failli. L'article XX.174 du Code de droit économique prévoit que « 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 »²²¹. La loi prévoit dès lors que non seulement le conjoint et l'ex-conjoint bénéficient de l'effacement, mais également le cohabitant légal et l'ex-cohabitant

²¹⁵ M. VANMEENEN, « Zin of onzin van de vervroegde verschoonbaarheid », *R.D.C.-T.B.H.*, 2008/4, p. 346.

²¹⁶ D. PASTEGER, « La déclaration anticipée d'excusabilité, un supplice de Tantale ? », note sous Cass., 25 septembre 2014, *R.D.C.B.*, 2015/6, p. 580.

²¹⁷ Comm. Liège, 21 mai 2013, *D.A.O.R.*, 2014, p. 96.

²¹⁸ 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 », *op. cit.*, p. 276.

²¹⁹ 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 83.

²²⁰ 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 », *op. cit.*, p. 276.

²²¹ C.D.E., art. XX.174, alinéa 1.

légal. La Cour constitutionnelle avait déjà étendu le bénéfice de l'excusabilité au cohabitant légal en 2010²²² mais ce point n'avait pas été, jusqu'au Livre XX, intégré par le législateur.

L'alinéa 2 de l'article XX.174 confirme la loi du 27 mai 2013²²³ en disposant que « l'effacement ne peut profiter au cohabitant légal dont la déclaration de cohabitation légale a été faite dans les six mois précédant l'ouverture de la procédure de faillite »²²⁴. Le fait que cette limitation ne concerne que le cohabitant légal et non pas le conjoint du failli pose question²²⁵. En effet, le failli pourrait être tenté de se marier avant la procédure de faillite plutôt que d'entrer dans le régime de cohabitation légale afin de permettre aux deux conjoints de bénéficier de l'effacement²²⁶.

Enfin, l'alinéa 3 de l'article XX.174 va à contre sens de l'arrêt du 13 juin 2013 qui permettait d'étendre les effets de l'excusabilité au conjoint ou cohabitant légal du débiteur lorsque celui-ci était tenu solidairement avec le failli pour une dette qui lui était propre²²⁷. Le Livre XX du Code de droit économique limite le bénéfice de l'effacement en faveur des proches du failli uniquement aux dettes liées à l'activité professionnelle du failli. L'alinéa 3 de l'article XX.174 dispose que l'effacement est « sans effet sur les dettes personnelles ou communes du conjoint, de l'ex-conjoint, du cohabitant légal 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 professionnelle du failli »²²⁸. Les travaux préparatoires justifient cette limitation par deux arguments :

- premièrement, parce que « ce serait discriminatoire à l'égard des conjoints et partenaires dans d'autres procédures collectives ou quasi collectives d'instaurer un régime illimité d'effacement » et,

²²² C.C., 18 novembre 2010, n°129/2010, A.C.C., 2010, p. 1983.

²²³ Loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises, M.B., 22 juillet 2013.

²²⁴ C.D.E., art. XX.174, alinéa 2.

²²⁵ T. HÜRNER, « Les réformes importantes en matière de faillite dans le Livre XX « Insolvabilité des entreprises du Code de droit économique », *La réforme du droit de l'insolvabilité – analyse critique et implications pratiques de la loi du 11 août 2017 relative à l'insolvabilité des entreprises*, séminaire Vanham et Vanham, 28 septembre 2017.

²²⁶ N. OUCHINSKY, *op. cit.*, p. 560.

²²⁷ C.C., 13 juin 2013, n°86/2013, Arr. C.C., 2013, p. 1301.

²²⁸ C.D.E., art. XX.174, alinéa 3.

- deuxièmement parce que « le crédit accordé aux conjoints et partenaires de gérants d'entreprises deviendrait plus difficile vu le risque complémentaire créé par cet effacement potentiel »²²⁹.

Loin d'améliorer le sort des proches du failli la nouvelle loi, au contraire, contribue à l'aggraver. En effet, non seulement la dette, pour pouvoir être effacée doit être liée à l'activité professionnelle, mais de surcroît, l'alinéa premier de l'article XX.174 parle de dettes **contractées** du temps du mariage ou de la cohabitation légale. Bien que ce terme se trouvait déjà dans l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites, il ne concernait que l'ex-conjoint. Ici il concerne tous les proches du failli. En conséquence, les dettes non-contractuelles et donc les dettes d'origines légales (comme les dettes fiscales), ne font plus partie du champ de la libération²³⁰.

Quant aux dettes mixtes, les travaux préparatoires considèrent que « liée tant à l'activité non économique qu'à l'activité économique (p. ex. en cas d'utilisation mixte du bien acheté), ces dettes sont alors considérées dans leur ensemble pour l'application de l'article XX.174 du Code comme n'étant pas étrangères à l'activité économique du débiteur. Autrement, l'objectif de cette règle, à savoir la continuité de l'activité économique, n'est pas atteint »²³¹.

Une autre modification lourde de conséquence se trouve également dans l'article XX.173, §1, qui prévoit que l'effacement intervient « sans préjudice des sûretés réelles données par le failli ou un tiers »²³². Le fait que l'effacement soit sans effet sur les sûretés réelles du failli est tout à fait normal ; par contre, pour les sûretés réelles données par des tiers, ce n'est pas sans conséquence pour les proches du failli. Rappelons l'arrêt précité de la Cour de cassation du 24 février 2011 dans lequel une épouse avait consenti une hypothèque sur un immeuble lui appartenant afin de garantir le crédit de son époux. Le tribunal avait accordé l'excusabilité²³³. Qu'en serait-il aujourd'hui avec le nouveau mécanisme d'effacement ? Comme nous l'avons vu ci-dessus, il faut que le conjoint soit coobligé à la dette contractée par

²²⁹ 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 98.

²³⁰ 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 », *op. cit.*, p. 279.

²³¹ 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 107.

²³² C.D.E., art. XX.173, §1.

²³³ Cass., 24 février 2011, C.10.0322.F, *Pas*, 2011, I, p. 653.

le failli et que cette dette soit liée à l'activité professionnelle (celle-ci pouvant être mixte). Dans le cas présent, la dette pourrait être considérée comme liée à l'activité professionnelle, puisque l'hypothèque porte sur une maison abritant un bureau utilisé par le failli dans le cadre de sa profession. Donc les deux conditions de l'article XX.174 sont remplies. Cependant, cette formule selon laquelle l'effacement est sans préjudice des sûretés réelles du failli et des tiers exclut du bénéfice de la libération la dette hypothécaire de l'épouse portant sur son bien propre²³⁴. À nouveau, cet élément permet de constater l'aggravation de la situation des proches du failli par rapport à leur situation sous l'empire de la loi sur les faillites de 1997.

Section 9 : La décharge des sûretés personnelles, à titre gratuit, du failli

Sous l'ancien régime d'excusabilité, la décharge des sûretés personnelles était prévue aux articles 72bis, 72ter et 80 de la loi sur les faillites. Suite à la réforme de l'insolvabilité, c'est l'article XX.176 du Code de droit économique qui organise la décharge. L'article XX.175 prévoit que « sans préjudice des articles 2043bis à 2043octies du Code civil et XX.176, l'effacement ne profite pas aux codébiteurs ni aux constituants de sûretés personnelles »²³⁵. L'article XX.176 contient donc une exception qui concerne les sûretés personnelles à titre gratuit. Cette exception existait déjà sous la loi de 1997, cependant, le nouveau régime diffère légèrement précédent.

L'article XX.176 prévoit que la sûreté personnelle du failli peut « introduire une requête devant le tribunal de l'insolvabilité en vue d'être déchargée en tout ou partie de son obligation si à l'ouverture de la procédure ladite obligation est manifestement disproportionnée à ses facultés de remboursement, cette faculté devant s'apprécier tant par rapport à ses biens meubles et immeubles que par rapport à ses revenus »²³⁶. L'alinéa 2 de l'article XX.176 indique les éléments que la sûreté personnelle doit mentionner dans sa requête.

L'article XX.103, alinéa 1^{er}, 6^o, prévoit que lorsque le débiteur fait aveu de faillite, celui-ci doit joindre « la liste mentionnant le nom et l'adresse des personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont constituées sûreté personnelle pour l'entreprise »²³⁷. L'article XX.156 prévoit,

²³⁴ 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 », *op. cit.*, p. 280.

²³⁵ C.D.E., art. XX.175.

²³⁶ C.D.E., art. XX.176, alinéa 1.

²³⁷ C.D.E., art. XX.103, alinéa 1, 6^o.

quant à lui, que le créancier jouissant d'une sûreté personnelle doit l'indiquer dans la déclaration de créance dans les trois mois à compter du jour de l'ouverture de la faillite^{238 239}.

L'exception contenue dans l'article XX.176 sur les sûretés personnelles s'étant engagées à titre gratuit existait déjà sous la loi de 1997. Cependant le nouveau régime diffère légèrement du régime précédent. En effet, l'article 24bis de la loi sur les faillites selon lequel les voies d'exécution à charge des sûretés personnelles engagées à titre gratuit sont suspendues n'existe plus. Suite à l'introduction du Livre XX, « le système de la sûreté gratuite est modifié par rapport à la loi antérieure. La personne qui a pris un engagement de sûreté personnelle doit prendre une initiative pour être exemptée provisoirement de poursuites. Elle doit adresser une requête au tribunal. Elle peut le faire à tout moment au cours de la procédure de faillite »²⁴⁰. Alors que sous la loi de 1997 la décharge devait déposer une déclaration au greffe du tribunal de commerce, celle-ci doit désormais introduire une requête devant le tribunal²⁴¹.

Le dépôt de la requête suspend les voies d'exécution²⁴², et le jugement ordonnant la libération est publié au *Moniteur belge*²⁴³. Lorsque la sûreté personnelle n'est pas totalement déchargée de son obligation, les créanciers recouvrent le droit d'exercer individuellement leurs actions sur les biens de celle-ci²⁴⁴.

Section 10 : Le droit européen en faveur de la seconde chance

Sous-section 1 : La recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et l'insolvabilité des entreprises

Nous avons déjà évoqué dans le Titre I, l'influence du droit européen sur la réforme du droit de l'insolvabilité. Concernant ce passage de l'excusabilité à l'effacement, ce sont également les institutions européennes qui ont poussé le législateur dans cette voie inédite. La recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises²⁴⁵ inclut la réhabilitation du débiteur

²³⁸ C.D.E., art. XX.156, alinéa 2.

²³⁹ W. DERIJCKE, « De l'excusabilité du failli à l'effacement de ses dettes », *op. cit.*, p. 231.

²⁴⁰ 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, p. 99.

²⁴¹ Fl. GEORGE, « La réforme de la faillite », *op. cit.*, p. 189.

²⁴² C.D.E., art. XX.176, alinéa 5.

²⁴³ C.D.E., art. XX.176, alinéa 6.

²⁴⁴ C.D.E., art. XX.176, alinéa 7.

²⁴⁵ Recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à la nouvelle approche européenne en matière de défaillance et d'insolvabilité des entreprises, disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:074:0065:0070:FR:PDF>

failli et la possibilité d'offrir une seconde chance au débiteur honnête. Cette seconde chance est au cœur des préoccupations de la Commission depuis 2000. Selon la Commission, l'encouragement de l'entrepreneuriat même après un échec est essentiel à l'économie des Etats membres et au fonctionnement du marché intérieur²⁴⁶.

Dans la recommandation de 2014, la Commission déclare que : « Alors qu'il semble être démontré que les entrepreneurs faillis ont plus de chance de réussir la seconde fois, les effets de la faillite et plus particulièrement la stigmatisation sociale, les conséquences juridiques et la persistance du défaut de paiement, sont autant de facteurs dissuasifs pour ceux qui souhaitent créer une entreprise ou bénéficier d'une seconde chance. D'où la nécessité de prendre des mesures propres à réduire les effets négatifs des faillites sur les entrepreneurs, en prévoyant des dispositions pour un apurement complet de dettes à l'expiration d'un délai déterminé »²⁴⁷.

La Commission continue en énonçant qu'« Il conviendrait de limiter les effets négatifs des faillites sur les entrepreneurs afin de leur donner une seconde chance. Les entrepreneurs devraient être pleinement libérés de leurs dettes qui ont fait l'objet d'une mise en faillite après au plus tard trois ans à compter:

a) de la date à laquelle la juridiction compétente a statué sur la demande d'ouverture de la procédure de faillite, dans le cas d'une procédure qui se termine par la liquidation des actifs du débiteur;

b) de la date à laquelle la mise en œuvre du plan de remboursement a commencé, dans le cas d'une procédure qui comprend un plan de remboursement

31. À l'expiration du délai de réhabilitation, les entrepreneurs devraient être libérés de leurs dettes sans qu'une saisine de la juridiction compétente soit en principe nécessaire. Une pleine réhabilitation après un court laps de temps n'est pas appropriée en toutes circonstances. Les États membres devraient dès lors pouvoir maintenir ou adopter des dispositions plus strictes qui sont nécessaires pour:

²⁴⁶ G. MCCORMACK, A. KEAY, S. BROWN, « Second chance for entrepreneurs », *European insolvency law*, Edward Elgar, Northampton, 2017, p. 303.

²⁴⁷ Recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à la nouvelle approche européenne en matière de défaillance et d'insolvabilité des entreprises, disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:074:0065:0070:FR:PDF>.

- a) décourager les entrepreneurs ayant agi de manière malhonnête ou de mauvaise foi, que ce soit avant ou après l'ouverture de la procédure de faillite;
- b) décourager les entrepreneurs qui n'adhèrent pas à un plan de remboursement ou à toute autre obligation légale visant à préserver les intérêts des créanciers; ou
- c) préserver les moyens de subsistance de l'entrepreneur et de sa famille en permettant à l'entrepreneur de conserver certains actifs »²⁴⁸.

Le projet de loi²⁴⁹ s'inscrit, plus ou moins, dans la lignée de cette recommandation. Cependant, l'absence de manœuvre du juge et le caractère automatique de l'effacement n'ont pas conquis les parlementaires. Des amendements sont venus modifier ces réclamations. Ainsi, l'amendement n°134 augmente de trois à six mois le délai dans lequel le juge peut se prononcer sur l'effacement afin de lui permettre de statuer en toute connaissance de cause. De plus, le curateur doit communiquer les circonstances qui peuvent mener à un constat de faute grave et caractérisée²⁵⁰.

L'amendement apporte également des modifications à l'article XX.173, §3, qui « visent toutes à offrir suffisamment l'occasion de s'opposer aux effacements injustifiés (p. ex. faillites frauduleuses) et d'éviter que des personnes profitent d'un effacement auquel elles n'ont pas droit selon le critère cité dans ce § 3 »²⁵¹. Pour ce faire, la loi prévoit donc une possibilité pour tout intéressé de s'opposer à l'effacement soit avant, soit après le jugement d'effacement. Dans le deuxième cas, l'intéressé doit former opposition dans un délai de trois mois. Le délai initial d'un mois est porté à trois mois « pour donner suffisamment de temps aux intéressés pour prendre une décision et exécuter celle-ci dans le délai »²⁵².

Sous-section 2 : Le Livre XX du Code de droit économique : le fin mot de l'histoire ?

Le 22 novembre 2016, la proposition de directive du Parlement Européen et du Conseil en ce qui concerne les cadres de restructuration préventifs et la seconde chance va dans le même sens que la recommandation de 2014 précédemment évoquée. L'objectif principal de cette

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ 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 par D. JANSSENS et A. VANHESTE, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/004, p. 55.

²⁵⁰ Fl. GEORGE, « La réforme de la faillite », *op. cit.*, p. 171.

²⁵¹ 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, Amendements, *Doc. parl.* Ch. repr., 2016-2017, n°54-2017/006, p. 70.

²⁵² *Ibid.*, p. 71.

directive est l'harmonisation des règles du droit des entreprises en difficulté en Europe. En 2014, selon la Commission, 50% des entreprises européennes ne passent pas le cap des cinq ans. En Europe, le nombre d'entreprises qui tombent en faillite est estimé à 200.000 chaque année, ce qui équivaut à une perte de 1,7 millions d'emplois par an²⁵³. Ces considérations sociales et économiques ont poussées l'Union européenne à agir et à imposer des standards minimums en ce qui concerne le droit de l'insolvabilité.

Dans l'exposé des motifs, la proposition de directive insiste sur l'impact économique que peut avoir la seconde chance sur la société européenne. La proposition déclare que : « Dans de nombreux États membres, il faut plus de trois ans aux entrepreneurs faillis, mais honnêtes, pour être libérés de leurs dettes et prendre un nouveau départ. Des cadres inefficaces en matière de seconde chance prennent les entrepreneurs au piège de l'endettement, les poussent à se tourner vers l'économie souterraine ou les contraignent à s'installer sur un autre territoire pour avoir accès à des régimes plus accueillants. Il est coûteux pour des créanciers de déménager, car ils doivent tenir compte du risque supplémentaire de voir un entrepreneur bénéficier d'un délai de réhabilitation plus court sur un autre territoire. Le transfert a aussi un coût économique et humain élevé pour les entrepreneurs, étant donné qu'en vertu du règlement (UE) 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité, ils peuvent avoir l'obligation d'être établis dans un État membre pendant une certaine période avant de pouvoir introduire une demande de remise de dettes sur ce territoire. En outre, des éléments de preuve indiquent que des périodes de réhabilitation plus courtes ont une incidence positive à la fois sur les consommateurs et sur les investisseurs, étant donné qu'ils peuvent réintégrer plus rapidement les cycles de consommation et d'investissement, ce qui dynamise à son tour l'entrepreneuriat »²⁵⁴.

La proposition a fait l'objet d'un vote formel le 28 mars 2019 qui marque la fin du processus législatif.

Alors que le Livre XX modifiant de manière approfondie le droit de l'insolvabilité en Belgique entrainé en vigueur il y a à peine plus d'une année, cette directive, à laquelle ne manque

²⁵³ European Commission, « Commission staff working document Impact Assessment accompanying Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency », *Commission Recommendation*, Brussels, 12 March 2014, available on http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2014/swd_2014_0061_en.pdf.

²⁵⁴ Proposition de directive du 22 novembre 2016 relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/EU, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/COM-2016-723-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>.

que l'approbation du Comité des représentants permanents du Conseil, va forcer à nouveau le législateur à modifier notre droit de l'insolvabilité. En effet, les Etats membres disposeront d'un délai de deux ans pour mettre en place les dispositions de la directive à partir de sa publication au Journal Officiel²⁵⁵.

Cette directive est axée autour de trois piliers :

- Le premier étant l'établissement de principes communs en ce qui concerne les cadres de restructuration précoce qui ont pour but de maintenir les entreprises dans leurs activités et de préserver les emplois. –
- Le second soutient l'accès à une seconde chance rapide puisque les débiteurs, honnêtes, devront être libérés dans un délai de trois ans maximum. –
- Le troisième pilier a pour but d'assurer l'efficacité des procédures d'insolvabilité, de restructuration et de réhabilitation²⁵⁶.

Les éléments clefs de cette directive sont la mise en place de cadres de restructuration préventifs avec la désignation possible de praticien pour faciliter la construction d'un tel plan, ainsi que la possibilité pour les débiteurs de bénéficier d'une suspension des poursuites individuelles dans le cadre des négociations du plan de restructuration. Du point de vue de la seconde chance, l'obligation pour les Etats membres d'assurer la libération totale du débiteur dans un délai maximum de trois ans²⁵⁷.

Selon l'Eurobaromètre Flash 354 de 2012, 43 % des européens seraient dissuadés de se lancer dans une entreprise par peur de la faillite²⁵⁸. Est-ce que les différentes modifications apportées par les institutions européennes en matière d'insolvabilité auront un impact sur cette crainte et encourageront l'entrepreneuriat ? Seul l'avenir nous le dira.

²⁵⁵ Conseil de l'Union européenne, « Donner une seconde chance aux entrepreneurs : adoption de nouvelles règles en matière d'insolvabilité des entreprises », 6 juin 2019, disponible sur <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/06/06/giving-entrepreneurs-a-second-chance-new-rules-on-business-insolvency-adopted/>

²⁵⁶ O.C.E.D., « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE : Analyse et propositions », 13 juillet 2017, disponible sur http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/rapport_adopté.pdf

²⁵⁷ Conseil de l'Union européenne, *op. cit.*, disponible sur <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/06/06/giving-entrepreneurs-a-second-chance-new-rules-on-business-insolvency-adopted/>

²⁵⁸ European Commission, « Flash Eurobarometer 354 Entrepreneurship in the EU and beyond », *Report*, June-August 2012, available on http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_354_en.pdf

Section 11 : Motivations économiques derrière ce système de libération du débiteur failli

Comme nous l'avons analysé, le législateur, en 1997, décide d'encourager l'entrepreneuriat en favorisant la seconde chance du failli. De 1997 à 2017, le législateur et les hautes juridictions n'ont cessé d'étendre les effets et le champ d'application de l'excusabilité, particulièrement via l'extension de l'excusabilité aux proches du failli comme nous l'avons étudié dans le Titre précédent.

Avec la loi du 11 août 2017 et le nouveau système d'effacement analysé, le législateur « tente » de continuer sur cette lancée, bien qu'il faille admettre que les avancées dans cette direction ne sont pas aussi transcendantes que ce que le législateur aimerait nous faire croire.

Y-a-t-il une justification économique à cette extension de l'excusabilité aujourd'hui devenue l'effacement ? Si oui, quelle est-elle ?

Comme mentionné précédemment, l'effacement, anciennement excusabilité, n'existe pas pour protéger ou octroyer une faveur au débiteur, le but de celui-ci est l'intérêt général²⁵⁹ : en effet, c'est l'économie elle-même que le législateur souhaite supporter via ce mécanisme de libération afin de permettre au débiteur de réintégrer la vie des affaires et l'inciter à redevenir un véritable consommateur²⁶⁰. Selon le Parlement européen et le Conseil de l'Europe, un système de réhabilitation court a un impact extrêmement positif, non seulement sur les consommateurs mais également sur les investisseurs²⁶¹. De plus, des enquêtes menées dans plusieurs pays montrent qu'un débiteur qui a subi une faillite et qui reprend une activité économique ne rechute généralement pas. Dès lors, il est économiquement viable de permettre à ce genre d'opérateur économique ayant appris de ses erreurs de se lancer dans une nouvelle initiative²⁶².

Chapitre 2 : L'effacement : qu'en est-il ?

Section 1 : Entre l'excusabilité et l'effacement, une révolution ?

Après avoir analysé le régime d'excusabilité et ensuite le régime d'effacement, il semble bien qu'il n'y a pas lieu de parler de révolution en ce qui concerne cette modification. Le

²⁵⁹ D. PASTEGER, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *op. cit.*, p. 649.

²⁶⁰ W. DERIJCKE et F. T'KINT, *op. cit.*, p. 362.

²⁶¹ Proposition de directive du 22 novembre 2016 relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/EU, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/COM-2016-723-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>.

²⁶² I. VEROUGSTRAETE, « La genèse et les lignes directrices de la réforme », *op. cit.*, p. 23.

changement le plus notable semblant pouvoir se résumer à une transformation terminologique. La réforme en ce qui concerne l'effacement paraît simplement rafraîchir « l'ancienne » excusabilité en veillant à inscrire dans la loi certains manquements déjà soulignés par les hautes juridictions, tels que l'application au cohabitant légal du principe d'effacement²⁶³.

Mis à part le changement terminologique bienvenu (même si encore insuffisant, le mot « failli » provenant du verbe « faillir » véhiculant l'image négative dont on l'a souvent acculé), le seul changement qui vaut, selon nous, la peine d'être souligné est la cristallisation de l'actif via le dessaisissement. Ce nouveau dessaisissement étant, sans aucun doute, un avantage majeur en faveur du failli qui participe effectivement à la possibilité de reprendre une activité nouvelle.

Section 2 : Point de vue d'acteurs de terrain

Après avoir analysé de manière purement théorique le mécanisme d'effacement, cette section s'intéresse à l'impact pratique de celui-ci. Comme le dit l'adage, « le tout n'est pas de connaître la loi, mais de la pratiquer »²⁶⁴. Différents acteurs de terrain ont accepté un entretien où ils nous ont fait part de leurs appréciations et de leurs critiques sur ce nouveau système de libération du débiteur failli. Dans un but de comparaison, les mêmes questions ont été posées à chacun d'eux, certaines étant plus judicieuses selon leur position. La présente section se borne à en citer les extraits les plus pertinents, l'entièreté des interviews étant disponible dans l'annexe.

Sous-section 1 : Curateur

Monsieur Benoit HOC, avocat spécialisé en droit commercial adopte le point de vue du curateur.

Lorsque nous lui demandons si la requête imposée par l'article XX.173 du Code de droit économique est généralement déposée, Monsieur Hoc témoigne d'un cas particulier dans lequel « une dame avait introduit elle-même sa procédure dans REGSOL. Elle ne savait pas comment faire et lorsqu'elle a introduit sa demande en effacement elle a tout simplement introduit le verso de sa carte d'identité. S'est posée la question de savoir, au niveau du tribunal de l'entreprise de Liège, division Namur, si la requête était recevable. Le président du tribunal a estimé que, selon lui, cette requête était recevable dès lors qu'on introduit un item sur la plateforme REGSOL. Cela équivaut à la manifestation d'invoquer l'article en question. Le fait

²⁶³ J. BASTENIERE et S. PARSA, *op. cit.*, pp. 641-642.

²⁶⁴ R. KROCKAERT, « Préface », *Réorganisation judiciaire : les missions des professionnels du chiffre*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7.

que cette dame ait ainsi introduit sa demande, sans plus de formalisation de celle-ci, montre sa volonté de »²⁶⁵. Le jugement concernant cette affaire a été rendu le 1 août 2019, le juge a donc implicitement considéré que la requête était recevable malgré le manque de formalisme de celle-ci²⁶⁶.

« C'est le failli qui introduit la requête, c'est lui qui doit être proactif pour que le tribunal examine la demande en effacement. Donc c'est uniquement la personne en faillite qui doit écrire au greffe en demandant la fixation au tribunal pour qu'on statue sur sa demande d'effacement. Si le failli ne fait rien, rien ne se passe »²⁶⁷.

Sous-section 2 : Juge du tribunal de l'entreprise

Monsieur Etienne HODY, Président des divisions Namur et Dinant exprime le sentiment du juge du tribunal de l'entreprise.

À la question de savoir si le mécanisme d'effacement est « profondément différent » du mécanisme d'excusabilité, Monsieur Hody souligne particulièrement la nouvelle condition qui est de déposer une requête en effacement et la possibilité d'accorder un effacement partiel :

« La vraie différence (avec l'excusabilité) est qu'il faut demander l'effacement. Il y a une démarche minimum qui est de faire la demande. Le problème c'est : qui ne fait pas la demande ? Ce sont des gens mal informés ou qui ont des difficultés informatiques. J'ai eu un cas où quelqu'un pensait avoir fait la demande, alors qu'en réalité non. La requête imposée doit être chargée dans REGSOL. C'est déjà quelque chose de compliqué. Parfois, on voit arriver des gens qui pensent avoir demandé l'effacement, et en réalité pas du tout.

D'un côté ça me paraît positif de devoir faire la demande parce que c'est une démarche minimum mais d'un autre, ceux qui ne font pas la demande ou ne la font pas correctement sont des gens mal informés. Ce ne sont pas forcément ceux qui mériteraient qu'on leur refuse.

La question de savoir si le délai de 3 mois est un délai préfix est très discutable. J'ai eu un cas dans lequel, le curateur dans son rapport en vue de la clôture, écrit que le failli a indiqué au CPAS qu'il comptait demander l'effacement. Puis au moment de la clôture, il n'y avait pas de demande d'effacement. Pourquoi n'a-t-il pas fait la demande ? J'ai remis le dossier et demandé au greffe de convoquer le failli. Le failli a dit qu'il avait demandé au CPAS qu'il fasse la demande d'effacement. Le CPAS a répondu qu'il ferait le nécessaire. Finalement le CPAS

²⁶⁵ Voir annexe n°1.

²⁶⁶ Trib. entr. Liège, div. Namur, 1 août 2019, R.G. n°N/19/00154, inédit.

²⁶⁷ Voir annexe n°1.

n'y était pas arrivé. Le nécessaire n'avait donc pas été fait. On a acté à la fin de l'audience que le failli demandait l'effacement. On a demandé au curateur de faire un rapport et j'ai considéré que le délai de trois mois n'était pas prescrit à peine de déchéance. À mon sens, la jurisprudence sur ce point sera fonction du cas d'espèce. Si un cas comme celui que j'ai décrit arrive devant la Cour d'appel, je suis convaincu que les juges de la Cour d'appel seront sensibles à une plaidoirie favorable au failli.

L'idée de refus d'effacement partiel est également nouvelle. Ça peut être positif mais il faut voir comment l'appliquer. Comment décider quelles dettes remettre ? Le Parquet dans un dossier me demande de remettre toutes les dettes sauf deux. Où est l'égalité des créanciers là-dedans ? Il faudra voir comment on l'applique »²⁶⁸.

Sous-section 3 : Créancier

Monsieur Quentin LORSIGNOL, juriste d'entreprise chez Atradius Instalment Credit Protection adopte le point de vue du créancier et à la question de savoir s'il est pour ou contre un système encore plus souple, où l'effacement serait accordé sans exception, celui-ci nous répond : « contre ». Selon lui, « l'effacement des dettes ne doit pas être garanti à tout failli sans exception. Le fait que le failli n'ait pas d'office l'effacement aide à attirer son attention sur la nécessité d'une gestion en bon père de famille »²⁶⁹.

Pour ce qui est des créanciers et du réel danger encouru à cause d'un mécanisme tel que celui d'effacement, Monsieur Lorsignol répond que « ce n'est pas la faillite qui mettra en danger les « grands » créanciers (l'Etat à travers la TVA et l'ONSS, les banques, les compagnies d'assurance). En revanche, il existe dans presque toutes les faillites de plus petits créanciers, des partenaires d'affaires, des fournisseurs, des sous-traitants, qui sont souvent des indépendants et des PME. Ces plus petits acteurs peuvent rencontrer des difficultés à cause d'un de leurs débiteurs qui tombe en faillite et ne les paiera jamais. La faillite de l'un peut dans certains cas causer celle de l'autre... C'est important de laisser une seconde chance, mais cela l'est tout autant d'éviter les abus »²⁷⁰.

Section 3 : Tiraillement perpétuel entre une loi plus souple et la résistance à celle-ci : pourquoi ?

Pourquoi encore aujourd'hui, malgré les changements de mentalité s'opérant dans l'approche de la faillite et la prise de conscience qu'une possibilité d'accorder une seconde

²⁶⁸ Voir annexe n°2.

²⁶⁹ Voir annexe n°3.

²⁷⁰ Ibid.

chance est bénéfique pour la société et l'économie en général, les parlementaires sont-ils encore réticents à se lancer sans hésitation ni réserve dans un système efficace de libération du failli ?

Bien que le texte initial ait été prometteur, les amendements apportés – portant sur le délai pour la requête en effacement de trois mois, et celui allongeant d'un mois à trois mois le délai pour tout intéressé de faire tierce-opposition – viennent ternir les ambitions modernistes vers un droit de la seconde chance efficace. Qu'est-ce qui freine encore les parlementaires ? Il semblerait au vu des travaux préparatoires, que le législateur soit toujours particulièrement préoccupé par les droits des créanciers qu'il n'ose pas froisser. Cependant, comme nous allons le voir ci-dessous, ce qui importe réellement pour les créanciers, c'est le stade de la distribution de l'actif et leur rang en cas de concours entre eux²⁷¹. Sans oublier les garanties légales et conventionnelles dont ils jouissent.

Ne serait-ce pas désormais au tour du failli, ayant souffert pendant des siècles d'une image déshonorante et humiliante de bénéficier d'un geste significatif du législateur en sa faveur via un système de libération efficace et juste? Ne serait-il pas temps pour le législateur, de donner suite à ses paroles via des actes ?

Bien évidemment, il est primordial de maintenir un équilibre entre les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs. Nous sommes loin de penser qu'il faille effacer les dettes de tout failli au détriment des créanciers et de toute logique économique. Comme le dit Monsieur Hody en prenant l'exemple des banques : « si elles ne sont pas dans une certaine mesure assurées de récupérer les crédits qu'elles font, elles ne feront plus crédit. Si les sûretés qu'elles obtiennent sautent, si les dettes sont pour un oui ou pour un non remises à zéro, elles vont s'y reprendre à deux fois avant de prêter. L'activité économique générale en Belgique dépend énormément du crédit. Donc si les crédits ne sont plus faits facilement, c'est toute l'activité économique qui risque de tomber par terre »²⁷².

Cependant, le principe de « fresh start » est étouffé par ce système d'effacement qui ne garantit pas adéquatement un nouveau départ au débiteur failli fiable. L'équilibre escompté n'est donc pas atteint.

²⁷¹ T. LITANNIE et S. MARKO, « La place de l'administration fiscale dans les procédures de réorganisation judiciaire », *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 143-153.

²⁷² Voir annexe n°2.

Chapitre 3 : L'effacement : quelles conséquences ?

Section 1 : Le créancier défavorisé ?

Nous avons, tout au long de ce mémoire, analysé la situation du débiteur. Mais qu'en est-t-il du créancier ? Depuis 1997, c'est le débiteur et le système de seconde chance qui se trouvent sous les projecteurs. Est-ce que cette libération du débiteur et celle, plus limitée, des sûretés a un impact négatif sur le créancier qui perd ses droits au recouvrement de la créance dans le cas où les conditions de l'effacement sont remplies ?

Prenons comme référence la situation d'un créancier particulier, l'administration fiscale. En effet, elle est l'incontournable créancier qui s'invite inexorablement dans la vie de toute entreprise. Quelle est la position du fisc suite à l'entrée en vigueur du Livre XX et du passage de l'excusabilité à l'effacement ? Voit-il sa situation s'aggraver ?

Rappelons tout d'abord que dès 1997, le fisc s'oppose formellement au principe d'excusabilité, considérant que l'article 82 de la loi sur les faillites est contraire aux articles 170 et 172 de la Constitution. Elle engendrerait, selon l'administration fiscale, une rupture du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination devant l'impôt entre citoyens. La Cour d'arbitrage dans un arrêt du 13 décembre 2000, rejette ces considérations et relève que l'exclusion des dettes fiscales du champ d'application de l'article 82 n'est pas envisageable pour deux raisons :

- La première : l'excusabilité perdrait toute efficacité si les dettes fiscales n'étaient pas soumises à celle-ci, puisqu'elles forment l'essentiel du passif.
- La deuxième : une exception au profit du fisc créerait une discrimination entre les créanciers²⁷³.

Le fisc étant défavorable, dès le début, à l'excusabilité est pourtant l'un des créanciers ayant le plus d'intérêt dans ce système de seconde chance. En effet, un failli non excusé aura tendance à entrer dans la clandestinité et à cacher ses revenus afin d'échapper aux saisies, au contraire d'un failli excusé qui participe de nouveau aux dépenses de l'Etat en payant ses impôts sur les revenus²⁷⁴. Comme le disent J. Willems et P. Henfling : « Le pardon ne profite pas seulement à celui qui est pardonné, il profite autant, si pas plus, à celui qui pardonne »²⁷⁵.

²⁷³ C.A., 13 décembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 144.

²⁷⁴ J. WILLEMS et P. HENFLING, « Excusabilité du failli : une mauvaise affaire pour le fisc », *R.G.F.*, 2005, pp. 15 et 16.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 20.

De plus, l'administration fiscale bénéficie de nombreux avantages. En effet, le législateur a offert de nombreuses protections à ce type de créancier :

- Premièrement, elle est pourvue des privilèges du préalable et d'exécution d'office. Elle peut donc se passer d'autorisation judiciaire préalable et s'accorder à elle-même un titre exécutoire.
- Deuxièmement, le fisc a également la possibilité de grever les biens immeubles du redevable d'une hypothèque légale ou d'exiger la constitution d'une caution personnelle ou d'une garantie réelle²⁷⁶.
- Enfin, l'administration fiscale se trouve dans une situation privilégiée en ce qu'elle dispose d'un privilège général sur les revenus et les biens meubles de toute nature du redevable, à l'exception des navires et des bateaux²⁷⁷. Ce privilège prend rang après celui mentionné à l'article 19, alinéa 5°, de la loi hypothécaire. L'article 423 CIR prévoit une dérogation pour les précomptes professionnel et mobilier, de même que les intérêts et frais y afférents qui se trouvent au même rang que les créances de sécurité sociale²⁷⁸.

En décrivant les divers moyens et privilèges dont l'administration fiscale dispose pour recouvrer ses créances, il est, selon nous, justifié de considérer que ce créancier bénéficie toujours d'une position confortable suite à la réforme du droit de l'insolvabilité, ses divers avantages restant intacts. Finalement, le moment le plus important pour ce type de créancier ne se situe pas lors de la clôture de la faillite, mais plutôt au moment de la distribution de l'actif disponible²⁷⁹.

Il est vrai que lorsqu'on fait référence à la faillite, les premiers créanciers qui viennent tout de suite à l'esprit sont l'administration fiscale, les banques ou encore les compagnies d'assurance. Mais n'oublions pas les plus petits créanciers tels que les sous-traitants, grossistes, partenaires d'affaires, les prestataires de services, les PME qui sont eux nettement moins protégés. L'effacement d'une créance existante en leur faveur peut peser lourd dans le portefeuille. C'est la raison pour laquelle un équilibre doit être maintenu entre les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs.

²⁷⁶ C.I.R., art. 420 et 421.

²⁷⁷ C.I.R., art. 422.

²⁷⁸ C.I.R., art. 423.

²⁷⁹ T. LITANNIE et S. MARKO, *op. cit.*, pp. 143-153.

Il existe néanmoins de nombreux mécanismes légaux et conventionnels en droit des contrats favorables à divers créanciers du failli. Les mécanismes d'exception d'inexécution, le droit de rétention, la clause de réserve de propriété sont autant de mécanismes qui survivent à la procédure de faillite et offrent aux créanciers un véritable effet de préférence²⁸⁰.

Force est de constater, après analyse des principes d'excusabilité et d'effacement, que les mécanismes n'étant pas si différents l'un de l'autre, la situation du créancier ne souffre pas de détérioration majeure à la suite de la réforme, le mécanisme d'excusabilité étant déjà établi en faveur du débiteur failli. Au contraire, une légère amélioration de celle-ci peut être détectée, notamment à l'aune de la modification en ce qui concerne les proches du failli (seules les dettes en lien avec l'activité professionnelle pourront bénéficier de l'effacement).

Section 2 : Influence sur l'entrepreneuriat ?

L'influence du principe d'effacement sur l'entrepreneuriat est supposée, selon les travaux préparatoires, être positive. En effet, le but du législateur est de promouvoir la seconde chance, de faciliter la nouvelle activité économique et ce, dans le but de booster l'économie.

Comme nous l'avons vu, un pourcentage impressionnant de personnes n'osent pas se lancer dans une activité économique par peur de la faillite. Cette appréhension est compréhensible, et les chiffres parlent d'eux-mêmes : au cours des six mois précédant mai 2019, 5.442 faillites sont enregistrées, ce qui signifie une augmentation de 11% par rapport à la même période de l'année précédente²⁸¹. Le nouveau champ d'application du droit de l'insolvabilité est bien évidemment un des éléments pouvant expliquer cette augmentation. Nous prenons pour preuve le nombre d'associations sans but lucratif déclarées en faillite qui s'élèvent à 111 au cours des cinq premiers mois de l'année 2019 ainsi que du nombre de faillites au sein des professions libérales qui s'élève à 109 au cours de la même période²⁸².

Corrélativement, le nombre de nouvelles entreprises en Belgique augmente fortement : elles sont 100.000 à s'être créées en 2018. C'est une tendance qui semble se confirmer en ce début d'année 2019. Cette augmentation peut s'expliquer par « une meilleure image de l'entrepreneur en général, un statut social de plus en plus attrayant et une évolution positive de

²⁸⁰ FI. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 1057-1060.

²⁸¹ STABEL, « Faillites », 19 juin 2019, disponible sur <https://statbel.fgov.be/fr/themes/entreprises/faillites>

²⁸² Graydon, « Graydon studie faillissementen », 3 juin 2019, disponible sur file:///C:/Users/carla/Downloads/GraydonBE_Studie-Faillissementen-Mei-2019.pdf

l'esprit d'entreprendre »²⁸³. Le traumatisme causé par la crise financière de 2008 est désormais un mauvais souvenir et les entrepreneurs reprennent foi en l'avenir²⁸⁴.

Mais l'effacement a-t-il pour effet de pousser les opérateurs économiques à se lancer ou se relancer dans une activité ? C'est la question centrale qui en l'espèce nous intéresse. Il ne semble pas, à nos yeux, que le changement de l'excusabilité à l'effacement soit un facteur pouvant se targuer d'être à la source de l'augmentation du nombre d'entreprises en Belgique. Tout d'abord parce que le nouveau système n'est pas si différent de l'ancien, mais aussi, à cause de l'ignorance de la plupart des entreprises de ce nouvel effacement. En effet, rares sont les entreprises qui sont conscientes de cette possibilité de libération. Même lorsque l'entreprise se trouve en situation de faillite, celle-ci peut ignorer le mécanisme d'effacement ; ce qui a, comme nous l'avons exposé précédemment, des conséquences non-négligeables puisque, s'il ne le demande pas dans un délai de trois mois, le débiteur se verra, selon les travaux préparatoires, définitivement privé du bénéfice de l'effacement. Qui plus est, le curateur n'a même plus l'obligation d'informer le débiteur de l'existence de l'effacement.

L'impact de la réforme en matière de seconde chance sur l'entrepreneuriat est donc fortement limité, si ce n'est inexistant.

Chapitre 4 : Regard critique sur cette réforme

L'objectif du législateur en modifiant ce système d'excusabilité était de booster l'économie et d'avoir un impact positif, ce nouveau système d'effacement devant agir comme un catalyseur pour les entrepreneurs afin de se relancer dans une activité économique. Or, tous les éléments précédemment exposés nous prouvent que c'est l'effet inverse qui se profile à l'horizon. Particulièrement, en ce qui concerne le nouveau délai imposé au débiteur relativement à la requête en effacement. La lecture de la nouvelle loi nous permet de le prédire, il y aura sans doute aujourd'hui moins de jugements statuant sur l'effacement que sur l'excusabilité. C'est donc un résultat totalement contraire à ce qui avait été établi par les travaux préparatoires. L'objectif établi par le législateur était d'aider le débiteur failli pour lui permettre de se relancer plus facilement, et pourtant, cette réforme n'a eu pratiquement pour effet que de lui mettre des bâtons supplémentaires dans les roues.

²⁸³ D. VAN ASSCHE et A. DEPLA, « Le record des créations d'entreprises des années précédentes à nouveau battu : plus de 100.000 entrées en 2018! », *Atlas du créateur*, 2019, disponible sur <https://graydon.be/fr/downloads/report-atlas-du-createur-2019>

²⁸⁴ *Ibid.*

Notre avis, tout comme celui des trois praticiens interviewés, sur la question du système de libération du débiteur failli n'est pas de dire que celui-ci devrait être totalement automatique, dépourvu de toute condition et accordé à qui le veut. Comme l'a soulevé Monsieur Lorsignol²⁸⁵, il est important de ne pas oublier les plus petits créanciers dont la faillite pourrait être entraînée suite à une dette non payée par cause d'effacement. Cependant, ce que tient à souligner ce mémoire, c'est l'idée que le législateur, vendant monts et merveilles au débiteur failli, agit dans un sens exactement opposé à celui qu'il proclame. Selon Nicholas Ouchinsky, « les parlementaires ont conservé l'idée archaïque de ne pas laisser les gens s'en sortir trop facilement »²⁸⁶.

Bien évidemment, il est primordial que les débiteurs fraudeurs ne puissent pas bénéficier d'un effacement, auquel cas, ces derniers seraient encouragés à continuer sur cette voie malhonnête. Mais comment expliquer un délai d'à peine trois mois imposé au débiteur failli pour demander l'effacement, alors que ce dernier se trouve non seulement bouleversé par l'échec de son entreprise mais en plus, certainement dans l'ignorance d'une telle exigence sans conseil avisé?

Selon nous, l'élément clé qui peut expliquer cette difficulté qu'a le législateur de passer le pas vers un système de faillite plus favorable au débiteur failli, se trouve dans le changement de mentalité. Il semble persister, presque inconsciemment, dans l'esprit des parlementaires, cette idée que celui qui a contracté des dettes doit à tout prix les payer, au détriment de toute logique économique ou sociale. Le législateur agit de manière presque schizophrénique en prêchant pour un système de seconde chance plus libre et plus favorable envers le failli tout en agissant d'une manière opposée à ce discours.

Nous avons souvent lors de la rédaction de ce mémoire pris la perspective du débiteur failli pour évaluer le système d'effacement. Cependant, même d'un point de vue général, cet effacement est, selon nous, tout à fait inapproprié. En effet, l'automatisme de l'effacement des dettes, accordé dès que demandé dans un délai de trois mois et en cas d'absence d'opposition, est la porte ouverte aux dérives. Le refus de l'effacement est supposé être la barrière empêchant celles-ci, néanmoins, comme le déplore Monsieur Hody « les créanciers n'utilisent pas les armes qui sont mises à leur disposition par le législateur. Je m'attends à ce qu'il y ait très peu

²⁸⁵ Voir annexe n°3.

²⁸⁶ N. OUCHINSKY, cité par J.-P. BOMBAERT, « Les personnes physiques en faillite privées d'un nouveau départ », 7 mars 2019, disponible sur <https://www.lecho.be/economie-politique/belgique/economie/les-personnes-physiques-en-faillite-privees-d-un-nouveau-depart/10105070.html>

de réaction de la part des créanciers pour demander le refus de l'effacement »²⁸⁷. Et pour ce qui est du Parquet, ayant également la possibilité de faire opposition, celui-ci est très souvent débordé et peu averti de la situation concrète des faillites. Dès lors, si personne ne fait opposition et que le failli a correctement fait sa demande dans le délai imparti, des faillis fraudeurs pourront, sans mal, obtenir l'effacement. C'est une situation tout à fait inadéquate.

Le législateur s'est inspiré du droit américain pour établir le système de nouveau départ. Pourquoi ne pas suivre totalement l'exemple américain et adopter un système d'effacement automatique tout en prévoyant une liste d'exceptions appropriées ? Le législateur belge a la possibilité de moduler le système d'effacement, de l'adapter à la société (comme l'a fait le législateur américain lorsque les excès concernant le *student loan* sont apparus). Via un système d'effacement plus souple, il pourrait mettre fin aux nombreuses difficultés soulevées par le système de libération du failli et atteindre l'équilibre escompté entre les intérêts des créanciers et ceux des débiteurs.

²⁸⁷ Voir annexe n°2.

Conclusion

Le bilan des avancées opérées par le législateur en ce qui concerne le système de seconde chance me paraît très relatif.

Commençons par les deux conditions nécessaires à l'application du système d'effacement. Premièrement, l'exigence d'une requête en effacement déposée dans un délai limité à trois mois, est selon nous, la nouveauté la plus regrettable introduite par le Livre XX. C'est un système extrêmement contraignant et bien moins avantageux pour le failli que celui existant sous l'empire de l'excusabilité lors de laquelle le tribunal statuait d'office sur celle-ci. La deuxième condition qui consiste en l'absence d'une faute grave et caractérisée a le mérite d'abandonner la connotation péjorative que sous-tendent les anciens concepts de failli « malheureux » et de « bonne foi ». Comme exposé précédemment, le critère de faute grave et caractérisée est finalement fortement similaire à l'exigence d'un failli malheureux et de bonne foi, à tel point que l'ancienne jurisprudence en cette matière peut lui être appliquée.

Nous avons analysé de manière approfondie le régime appliqué aux proches du failli et aux sûretés personnelles sous le régime d'excusabilité et sous le régime d'effacement. Nous avons souligné à quel point l'encre a coulé suite aux nombreuses controverses provoquées par ces systèmes. À notre grand regret, le législateur, au lieu de mettre fin définitivement à tout débat, empire la situation en faisant renaître une ancienne controverse. L'effacement a pour effet, comme son nom l'indique, d'effacer les dettes. Si la dette principale est effacée, comment expliquer que les dettes accessoires lui survivent ? Il est certain que la Cour constitutionnelle aura à connaître de bien des questions en cette matière.

La situation des proches du failli s'est aggravée puisque, désormais, seules les dettes en lien avec l'activité professionnelle pourront bénéficier de l'effacement alors que, sous le régime de l'excusabilité, la jurisprudence accordait l'effacement même pour des dettes propres au conjoint²⁸⁸. De plus, la situation des proches du failli peut se voir détériorée du fait d'une autre modification : l'effacement est désormais sans effet sur les sûretés réelles données par des tiers.

Selon nous, les seules avancées majeures et efficaces contenues dans ce nouveau système d'effacement sont :

²⁸⁸ C.C., 13 juin 2013, n°86/2013, *Arr. C.C.*, 2013, p. 1301.

- premièrement, le nouveau dessaisissement, permettant au débiteur failli de voir ses revenus, dont la cause est postérieure à l'ouverture de la faillite, protégés,
- deuxièmement, la modification terminologique faisant un pas de plus vers l'idée que le débiteur failli n'a pas à s' « excuser » pour son échec mais au contraire, est encouragé à repartir avec une ardoise effacée de toute dette, et
- troisièmement, le changement selon lequel suite à l'effacement, les dettes disparaissent de l'ordonnancement juridique alors que sous l'empire de l'excusabilité, elles étaient simplement suspendues.

L'avancée en faveur d'un système de libération du failli plus efficace est donc, selon nous, fortement limitée, bloquée par une mentalité européenne anachronique. Or, le système de seconde chance est primordial. Que ce soit à un niveau social ou économique, il a un impact extrêmement positif sur la société. Il faut donc trouver un système approprié et juste aussi bien pour le débiteur que pour le créancier.

Selon nous, ce nouveau système d'effacement n'est pas adapté et sera certainement à l'origine de nouvelles controverses et incertitudes juridiques qui, comme pour l'excusabilité, feront couler l'encre, à peine sèche des auteurs et magistrats le plus aguerris.

Un système d'effacement régulé par une liste exhaustive d'exceptions est une idée qui nous paraît tout à fait louable de lege ferenda. Il permettrait d'éviter les dérives pouvant découler d'une automaticité totale inadéquate tout en donnant une réelle chance au débiteur failli honnête. Le système américain est un système efficace et stimulateur de l'entrepreneuriat, le législateur belge s'en est inspiré pour introduire l'excusabilité, alors pourquoi ne pas s'engager totalement sur cette voie ?

La nouvelle directive européenne fraîchement approuvée forcera le législateur à faire de nouvelles modifications en matière d'insolvabilité. Peut-être profitera-t-il de cette nouvelle occasion pour offrir, enfin, au système de libération du débiteur failli la révolution qu'il lui faisait miroiter.

Bibliographie

Législation et documents parlementaires

- Proposition de directive du 22 novembre 2016 relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/EU, disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/COM-2016-723-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>.
- European Commission, « Commission staff working document Impact Assessment accompanying Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency », *Commission Recommendation*, Brussels, 12 March 2014, available on http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/ia_carried_out/docs/ia_2014/swd_2014_0061_en.pdf
- Recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à la nouvelle approche européenne en matière de défaillance et d'insolvabilité des entreprises, disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:074:0065:0070:FR:PDF>.
- Règlement (UE) n°2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.U.E.*, 5 juin 2015.

- 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, Amendements, *Doc. parl.* Ch. repr., 2016-2017, n°54-2017/006, p. 70.
- 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 par D. JANSSENS et A. VANHESTE, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/004, p. 4.
- 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, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, doc. n°54-2407/001, pp. 3 et 97.
- Projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses, « Exposé des motifs », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2004-2005, 1811/001, p. 8.
- *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2007-2008, n°52-1032/3, pp. 4-5.

- Projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire et le Code des sociétés, exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ord. 2000-2001, n°50-1132/001, p. 12.
- Projet de loi sur les faillites, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1991-1992, doc. n°48-0631/001 p. 35.
- Code de droit économique, Livre XX « Insolvabilité des entreprises ».
- United States Code, title 11, chapter 5, subchapter II, section 523.
- Code de commerce du 10 septembre 1807, *M.B.*, 10 septembre 1807.
- Loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, *M.B.*, 27 avril 2018.
- 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.
- Loi du 1er décembre 2016 modifiant le Code judiciaire et la loi du 8 août 1997 sur les faillites en vue d'introduire le Registre Central de la Solvabilité, *M.B.*, 11 janvier 2017.
- Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.
- Loi du 18 juillet 2008 modifiant l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites en ce qui concerne l'excusabilité des ex-conjoints, *M.B.*, 28 août 2008.
- Loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises, *M.B.*, 22 juillet 2013.
- Loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses, *M.B.*, 28 juillet 2005.
- Loi du 2 février 2005 modifiant l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 21 février 2005.
- 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 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.
- Loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire, *M.B.*, 28 octobre 1997.
- Loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis, *M.B.*, 24 avril 1851.

Doctrine

- ALTER, C., BERMOND, L., DERIJCKE, W., OUCHINSKY, N., SAVATIC, D., *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 9-50.
- ALTER, C., PLETINCKX, Z., *Insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 14-49.
- AYDOGDU, R., « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) : une (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 139-182.
- BASTENIERE, J. et PARSA, S., « De l'excusabilité à l'effacement : vingt ans de réformes

- « sparadrap » », *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 625-642.
- BRIJS, S., DE SMET, K., JACMAIN, S., « Kwijtschelding en andere nieuwgheden in het faillissementsrecht », *Foro*, 2017/4, pp. 11-19.
 - BRIJS, S., « Fresh start en discharge ingevoerd in het Belgische insolventierecht: een tweede kans voor de wetgever », *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 151-182.
 - BRIJS, S., JACMAIN, S., DE SMET, K., VAN HOE, A., « Het nieuwe faillissementsrecht », *R.D.C.B.*, 2018/3, pp. 255-266.
 - BUSH, G.W., *State of the Union Address*, January 20, 2004.
 - CAVENAILE, P., « Faillite – Excusabilité : Du brevet d'honorabilité à l'honorabilité brevetée », *J.L.M.B.*, 2004/13, pp. 556-557.
 - CULOT, H., DE CORDT, Y., JACQUEMIN, H., LEONARD, T., *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2019, p. 11.
 - CUYPERS, A., « De verschoonbaarheid van de gefailleerde en de positie van echtgenoot en borgen in de gerepareerde Faillissementswet », *R.D.C.*, 2003, pp. 267-285.
 - DE MAREZ, D., et STRAGIER, C., *Boek XX. Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Brugge, Die Keure, 2018, p. 273.
 - DE PESLIN LACHERT, F., « De l'excusabilité à l'effacement des dettes : un juste retour à l'équilibre ? », *Actualités en droit commercial et bancaire*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 207-231.
 - 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, p. 97.
 - DEBUCQUOY, M., « De wet van 20 juli 2005: Koppel verschoonbaarheid & bevrijding uit elkaar », *T.R.V.*, 2006, pp. 443-454.
 - DERIJCKE, W. et T'KINT, F., « Le principe du droit à un nouveau départ », *Rép. not.*, Tome XII, Le droit commercial et économique, Livre 12, La faillite, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 520, pp. 362-364.
 - DERIJCKE, W., « De l'excusabilité du failli à l'effacement de ses dettes », *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) : une (r)évolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 213-234.
 - DERIJCKE, W., « Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité », *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 10-30.
 - DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, Mechelen, Kluwer, 2006, pp. 44-299.
 - FREDERICQ, L., *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Editions Fecheyr, 1949, p. 159.
 - GEENS, K., Discours prononcé le 5 février 2015 à l'occasion du 4^e Congrès de l'IIC à Bruxelles, publié dans l'ouvrage suivant : Y. BRULARD, *L'insolvabilité nationale, européenne et internationale*, t.1, Limal, Anthémis, 2017, pp. 413-414.
 - GEORGE, FL., *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 733-1060.
 - GEORGE, FL., « La réforme de la faillite », *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 153-240.
 - GODFROID, Y., « La liquidation des entreprises en difficulté », *Les réformes du droit économique : premières applications*, Liège, Anthémis, 2019, pp. 101-160.

- HENFLING, P., WILLEMS, J., « Excusabilité du failli et décharge de la caution », *Droit de la faillite. Actualités*, Liège, Jeune Barreau de Liège, 2005, pp. 29-51.
- T. HÜRNER, « Les réformes importantes en matière de faillite dans le Livre XX « Insolvabilité des entreprises » du Code de droit économique », *La réforme du droit de l'insolvabilité – analyse critique et implications pratiques de la loi du 11 août 2017 relative à l'insolvabilité des entreprises*, séminaire Vanham & Vanham, 28 septembre 2017.
- INGHELS, B., « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », *R.D.C.-T.B.H.*, 2007/4, pp. 307-331.
- JACMAIN, S., BRIJS, S., VAN HOE, A., PARIDAEN, 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.*, 2018, pp. 227-236.
- KROCKAERT, R., « Préface », *Réorganisation judiciaire : les missions des professionnels du chiffre*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7-8.
- LELEU, Y.-H., « Les faillites », *Chroniques notariales*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 201-231.
- LEMAL, M., *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 66.
- LHERITIER, E., « Perspectives comparées vis-à-vis de la gestion du risque d'insolvabilité : l'exemple américain », *Le nouveau droit européen des faillites internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 47-60.
- LITANNIE T., et MARKO, S., « La place de l'administration fiscale dans les procédures de réorganisation judiciaire », *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 143-163.
- MANDELA, N., *Un long chemin vers la liberté*, 1996.
- MCCORMACK, G., KEAY, A., BROWN, S., « Second chance for entrepreneurs », *European insolvency law*, Edward Elgar, Northampton, 2017, pp. 303-324.
- MOINEAU, P., « Le nouveau droit de l'insolvabilité des entreprises : champ d'application et principes généraux », *Les réformes du droit économique : premières applications*, Liège, Anthémis, 2019, pp. 7-68.
- MOINEAU, P. et ERNOTTE, F., « Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite », *J.L.M.B.*, 2019/15, p. 697-719.
- MOUTON, B., « Bevrijding echtgenoten na faillissement », *NjW.*, 2010, pp. 262-268.
- MUSCH, C., « Faillite et règlement collectif de dettes excusabilité versus remise de dettes », *R.F.D.L.*, 2012/4, pp. 533-553.
- OUCHINSKY, N., « Les innovations du livre XX du Code de droit économique en matière de faillite – Questions choisies », *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, pp. 513-567.
- PASTEGER, D., « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *R.D.C.B.*, 2014/07, pp. 647-684.
- PASTEGER, D., « La déclaration anticipée d'excusabilité, un supplice de Tantale ? », note sous Cass., 25 septembre 2014, *R.D.C.B.*, 2015/6, pp. 576-583.
- PASTEGER, 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.-T.B.H.*, 2018/3, pp. 270-284.

- PLETINCKX, Z., « Réforme du droit de l'insolvabilité : le nouveau livre XX du Code de droit économique », *J.T.*, n°6734, 2018, pp. 464-480.
- SALVIN, R.F., « Student loans, bankruptcy, and fresh start policy: must debtors be impoverished to discharge educational loans », *Tulane law review*, Vol. 71, 1996, pp. 140-202.
- SAVATIC, D., « Le nouveau droit de l'insolvabilité : tout aboutissement est un commencement », *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 31-37.
- SCHEERS, B., « Verschoonbaarverklaring nu ook voor wettelijk samenwonenden », *N.F.M.*, 2011, pp. 286-292.
- SCHILLER, S., « L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ ? Comparaison franco-américaine », *R.I.D.C.*, 3-2004, pp. 655-674.
- THIRION, N., MOINEAU, P., PASTEGER, D., « La faillite (Titre VI CDE) », *Chroniques notariales – Volume 67*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 462-509.
- TOUSSAINT, A., « L'extension de l'excusabilité (nouvel effacement) aux proches du failli », *Le pli judiciaire*, liv. 44, pp. 10-14.
- VANMEENEN, M., « Wet van 18 juli 2008 tot wijziging van artikel 82 Faill. W.: gevolgen van de verschoonbaarheid uitgebreid tot voormalige echtgenoten », *R.D.C.*, 2008, pp. 931-933.
- VANMEENEN, M., « Zin of onzin van de vervroegde verschoonbaarheid », *R.D.C.-T.B.H.*, 2008/4, pp. 345-349.
- VAN EEGHEM, S., « Vlucht over het nieuwe insolventierecht », *advocaat als generalist*, Gent, Larcier, 2018, pp. 69-94.
- VEROUGSTRAETE, I., *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 1998, n°977.
- VEROUGSTRAETE, I., *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 762.
- 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, 2018, pp. 7-46.
- WHITFORD, W.C., « Changing definitions of fresh start in U.S. Bankruptcy law », *Journal of consumer policy*, 1997, pp. 179-198.
- WILLEMS J. et HENFLING, P., « Excusabilité du failli : une mauvaise affaire pour le fisc », *R.G.F.*, 2005, pp. 14-20.
- ZENNER, A., *Dépistage, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 418-422.

Sources électroniques

- Conseil de l'Union européenne, « Donner une seconde chance aux entrepreneurs : adoption de nouvelles règles en matière d'insolvabilité des entreprises », 6 juin 2019, disponible sur <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2019/06/06/giving-entrepreneurs-a-second-chance-new-rules-on-business-insolvency-adopted/>
- European Commission, « Flash Eurobarometer 354 Entrepreneurship in the EU and beyond », *Report*, June-August 2012, available on http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/flash/fl_354_en.pdf

- Graydon, « Graydon studie faillissementen », 3 juin 2019, disponible sur [file:///C:/Users/carla/Downloads/GraydonBE Studie-Faillissementen-Mei-2019.pdf](file:///C:/Users/carla/Downloads/GraydonBE%20Studie-Faillissementen-Mei-2019.pdf)
- LEWIS, K.M., « How Hard Should it be to Discharge a Student Loan in Bankruptcy », *Congressional Research Service*, August 2018, available on <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10192.pdf>
- O.C.E.D., « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE : Analyse et propositions », 13 juillet 2017, disponible sur http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/rapport_adopté.pdf
- OUCHINSKY, N., cité par BOMBAERT, J.-P., « Les personnes physiques en faillite privées d'un nouveau départ », 7 mars 2019, disponible sur <https://www.lecho.be/economie-politique/belgique/economie/les-personnes-physiques-en-faillite-privées-d-un-nouveau-depart/10105070.html>
- STABEL, « Faillites », 19 juin 2019, disponible sur <https://statbel.fgov.be/fr/themes/entreprises/faillites>
- VAN ASSCHE, D. et DEPLA, A., « Le record des créations d'entreprises des années précédentes à nouveau battu : plus de 100 000 entrées en 2018! », *Atlas du créateur*, 2019, disponible sur <https://graydon.be/fr/downloads/report-atlas-du-createur-2019>

Jurisprudence

- C.J.U.E., 22 juin 2017, C-126, disponible sur <http://curia.europa.eu>.
- C.C., 27 avril 2017, n°129/2010, *Arr. C.C.*, 2010, p. 1983.
- C.C., 25 septembre 2014, *R.D.C.*, 2016/6, p. 549.
- C.C., 13 juin 2013, n°86/2013, *Arr. C.C.*, 2013, p. 1301.
- C.C., 21 mars 2013, n°40/2013, *Arr. C.C.*, 2013, p. 655.
- C.C., 18 novembre 2010, n°129/2010, *A.C.C.*, 2010, p. 1983.
- C.A., 7 mars 2007, n° 37/2007, *A.C.C.*, 2007, p. 561.
- C.A., 29 novembre 2006, n° 179/2006, *Arr. C.A.*, 2006, liv. 5, p. 2259.
- C.A., 3 mai 2006, n°67/2006, *C.A – A.*, 2006, p. 815.
- C.A., 27 avril 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 618.
- C.A., 12 janvier 2005, n°6/2005, *Arr. C.A.*, 2005, p. 61.
- C.A., 30 juin 2004, *J.T.*, 2005, p. 80.
- C.A., 12 mai 2004, n°78/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 879.
- C.A., 14 février 2004, n°28/2004, *Arr. C.A.*, 2004, p. 361.
- C.A., 22 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 944.
- C.A., 28 mars 2002, n°69/2002, *Arr. C.A.*, 2002, p. 831.
- C.A., 13 décembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 144.

- Cass., 8 juin 2012, C.11.0080.F, *Pas.*, 2012, I, p. 1322.
 - Cass., 24 février 2011, C.10.0322.F, *Pas.*, 2011, I, p. 653.
 - Cass., 20 mai 2010, F.09.0088.N, *Pas.*, 2010, I, p. 1590.
 - Cass., 14 janvier 2010, C.08.0503.N, *Pas.*, 2010, I, p. 157.
 - Cass., 26 juin 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 720.
 - Cass., 16 novembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 318.
-
- Liège, 2 avril 2019, R.G. n°2018/RG/1340 et 2018/RG/1343, inédits.
 - Mons, 5 février 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 678.
 - Bruxelles, 21 décembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 676.
 - Mons, 3 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 45.
 - Anvers, 7 octobre 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 586.
 - Anvers, 22 octobre 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 287.
 - Liège, 24 février 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1345.
 - Liège, 7 décembre 2006, *R.R.D.*, 2006, p. 451.
 - Liège, 28 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2008, p. 15.
 - Liège, 16 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1376.
-
- Trib. entr. Liège, div. Namur, 1 août 2019, R.G. n°N/19/00154, inédit.
 - Trib. entr. Liège, div. Namur, 31 janvier 2019, R.G. n°R/17/00026, inédit.
 - Trib. entr. Liège, div. Liège, 12 décembre 2018, R.G. n°O/18/00678, inédit.
 - Trib. entr. Hainaut, div. Tournai, 6 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 688.
 - Comm. Liège, div. Liège, 29 juin 2018, R.G. n°O/18/00150, inédit.
 - Comm. Liège, 11 juin 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 684.
 - Comm. Brabant wallon, 8 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 688.
 - Comm. Anvers, div. Turnhout, 26 juin 2018, R.G. n° O/18/00038, inédit.
 - Comm. Liège, 21 mai 2013, *D.A.O.R.*, 2014, p. 96.

ANNEXE 1

Interview de Monsieur Benoit HOC, avocat spécialisé en droit commercial

1. Depuis la loi du 11 août 2017, y a-t-il plus ou moins d'effacement que d'excusabilité ?

J'ai fait des démarches au greffe, tribunal de l'entreprise de Liège, division Namur. Je leur ai posé la question de savoir quel était en général le résultat des requêtes en effacement. S'il y en avait beaucoup qui étaient acceptées ou refusées. Le principe est, dès qu'on le demande dans les délais prévus par la loi, une forme d'automaticité de l'effacement sauf s'il y a motif grave et caractérisé qui justifie que l'effacement ne soit pas accordé soit en tout, soit en partie. Il m'a été dit que depuis que la loi est entrée en vigueur, mai 2018, il n'y a eu en tout et pour tout que deux requêtes en effacement qui ont été refusées. L'automaticité semble donc l'emporter et les situations rencontrées par le tribunal où il y a faute grave et caractérisée constituent des situations exceptionnelles.

2. La requête imposée par l'article XX.173 du Code de droit économique est-elle généralement déposée ?

Par rapport à la manière dont la personne en faillite, personne physique, introduit sa requête, elle peut le faire dès le moment où elle dépose son aveu de faillite. Elle dépose en même temps sa demande d'effacement. Ou elle le fait dans les trois mois du jugement déclaratif de faillite. Quelle est la proportion des personnes qui font leur demande d'effacement au moment de l'aveu, ou dans le délai de trois mois ? Le greffe dit que c'est moitié moitié.

Cela introduit un élément important : un critère de responsabilité professionnel dans le chef de l'avocat qui conseille la personne qui le consulte sur la manière de faire l'aveu de faillite et qui omettrait de signaler à son client de veiller à faire la demande d'effacement au moment de l'aveu de faillite lui-même soit dans les trois mois. Dans le système antérieur de l'excusabilité il n'y avait pas de délai particulier à peine de forclusion pour que l'excusabilité soit examinée puisque ça l'était d'office à la clôture de la faillite où d'une part les créanciers étaient convoqués en assemblée générale et devaient donner leur avis sur l'excusabilité et toujours au moment de la clôture,

l'excusabilité de la personne physique était examinée. C'est plus draconien aujourd'hui dans les délais pour le demander mais peut-être plus efficace dans les effets de l'automatisme qu'on obtient avec l'effacement. Ceci étant, dans le régime antérieur pour ne pas être excusé, à mon sens, il fallait quand même que les éléments de faute grave et caractérisée soient bien établis puisque le curateur remettait un rapport qui est un peu identique au rapport qu'on ferait ici avec l'effacement, donc les deux régimes avaient la finalité d'une excusabilité qui était quand même quasi toujours octroyée et les cas où ça ne l'était pas, comme pour l'effacement, sont plutôt rares.

J'ai un exemple particulier de la manière dont la requête en effacement est introduite par certaines personnes faisant aveu de faillite. Dans une faillite une dame avait introduit elle-même sa procédure dans REGSOL. Elle ne savait pas comment faire et lorsqu'elle a introduit sa demande en effacement elle a tout simplement introduit le verso de sa carte d'identité. S'est posée la question de savoir, au niveau du tribunal de l'entreprise Liège, division Namur, si la requête était recevable. Le président du tribunal a estimé que, selon lui, cette requête était recevable dès lors qu'on introduit un item sur la plateforme REGSOL. Cela équivaut à la manifestation d'invoquer l'article en question. Le fait que cette dame ait ainsi introduit sa demande, sans plus de formalisation de celle-ci, montre sa volonté de.

C'est le failli qui introduit la requête, c'est lui qui doit être proactif pour que le tribunal examine la demande en effacement. Donc c'est uniquement la personne en faillite qui doit écrire au greffe en demandant la fixation au tribunal pour qu'on statue sur sa demande d'effacement. Si le failli ne fait rien, rien ne se passe. Mais au moment de la clôture de la faillite ça sera ipso facto examiné si la demande a été introduite, soit au moment de l'aveu de faillite soit au plus tard dans les trois mois. Avec la petite particularité que si la faillite se clôture avant les trois mois impartis pour faire sa demande d'effacement, le failli peut encore l'introduire malgré la clôture de la faillite mais dans le délai de trois mois et à ce moment-là le tribunal doit se prononcer dans le mois de l'effacement.

3. Le refus en cas de faute grave et caractérisée est-il souvent mis en place ? Exemples de ce refus.

La notion de faute grave et caractérisée est une notion de fait. Par rapport à l'effacement, comme c'était le cas pour l'excusabilité la faute grave et caractérisée est quelque chose qui doit être bien établi et prouvé. C'est un acte dont le caractère fautif est évident avec un certain caractère répétitif des manquements. On pourrait donner comme exemple des prélèvements massifs effectués sur les avoirs sociaux, une absence de comptabilité ou une comptabilité irrégulière, le non-paiement récurrent de charges fiscales et sociales.

4. Est-ce que le fait que seules les circonstances antérieures ou concomitantes à la procédure de faillite seront prises en compte par le juge pour déterminer si une faute grave et caractérisée a été commise a un impact négatif sur le rôle du curateur ? Un failli moins enclin à collaborer avec ce-dernier ?

Non, je ne pense pas. Dans le système de l'excusabilité il est vrai qu'il y avait un critère examiné qui était la collaboration du failli avec le curateur. Si la collaboration avait vraiment été très mauvaise, cela avait un impact tout à fait négatif. Est-ce que ça peut entraîner un failli moins enclin à collaborer avec le curateur ? Je ne pense pas que le client ait intérêt à avoir ce comportement avec le curateur. Puisqu'on doit toujours faire un rapport où la question de la collaboration du failli est quand même posée. Ça n'entraîne à mon sens aucun intérêt pour le failli de moins collaborer puisque ça ne ferait que corroborer le fait qu'il veut masquer, volontairement de surcroît, des informations utiles au curateur pour qu'il n'investigue pas trop.

5. Quelle différence entre l'exigence du failli malheureux et de bonne foi et la faute grave et caractérisée ?

Le failli malheureux et de bonne foi est celui qui est présumé victime de circonstances économiques défavorables (effet de concurrence subit, des clients qui ont mal payés). La question de failli malheureux et de bonne foi vient du contexte tandis que la notion de faute grave et caractérisée implique une charge de la preuve qui incombe à celui qui l'invoque. Il faut la définir et mettre en évidence un ensemble de manquements qui ont concourus au fait que si cette faute n'avait pas été commise la société serait toujours sur pied.

6. Pour ou contre un système encore plus souple, où l'effacement serait accordé sans exception ?

Je crois qu'il faut raison garder. Il ne faut pas un système encore plus souple où l'effacement serait une règle absolument absolue sans exception. C'est impensable. Il faut garder éveillé à la moralisation de la vie des affaires et au fait qu'on ne peut pas tout faire et rien faire. Si tel était le système ça serait la voie ouverte à une dérive totale de la bonne garde du tissu économique et de la manière d'exercer le commerce et les activités d'entreprise.

7. Le mécanisme d'effacement est-il comme le disent les documents parlementaires « profondément différent » du mécanisme d'excusabilité ?

Profondément différent, oui dans la manière et la procédure imposée pour arriver finalement au même résultat. Il est profondément différent surtout dans la manière dont il est mis en place. Finalement, il est parfois régulé par une jurisprudence prétorienne.

Un changement existe quant à la notion du retour à bonne fortune. Dans la notion d'effacement, même si on revient à meilleure fortune, les dettes sont effacées. Ça rejoint un petit peu l'idée que s'il y a des actifs nouveaux qui échoient au failli, comme des successions par exemple, le bénéfice de cette succession lui revient même si la faillite n'était pas clôturée.

8. Il semble exister un tiraillement perpétuel entre une loi plus souple en faveur du débiteur et une résistance à celle-ci. Pourquoi ?

Par rapport au critère de la vie économique, tout ça a un peu un effet boule de neige. Si une personne physique ne remplit pas ses obligations c'est complètement effacé tandis que le créancier continue à vivre avec des dettes impayées. Il doit subsister malgré une accumulation d'un passif donc plus on introduit une souplesse plus c'est lourd pour les créanciers.

9. On parle souvent de la balance entre d'un côté l'intérêt économique pour les créanciers de recouvrer leur créance, et la morale en ce que le débiteur failli ne doit pas être blâmé toute sa vie pour son échec et doit pouvoir se lancer dans une activité nouvelle. Est-ce que les créanciers sont réellement en danger à cause d'un mécanisme tel que l'effacement ?

Cette question reprend ce qui a été dit précédemment.

10. Selon vous, quelles sont les conséquences de l'effacement sur l'entrepreneuriat ?

Est-ce que des commerçants, des entreprises, seraient moins enclins à faire du commerce avec des personnes physiques plutôt qu'avec des sociétés ? Je crois que ça n'a pas d'incidence directe tout comme dans le régime de l'excusabilité. Le principe de la confiance naturelle préexiste entre l'entreprise qui fait du commerce avec une personne physique.

ANNEXE 2

Interview de Monsieur Etienne HODY, Président des divisions Namur et

Dinant

- 1. Depuis la loi du 11 août 2017, y a-t-il plus ou moins d'effacement que d'excusabilité ?**

Fatalement moins. Avec l'excusabilité, le tribunal devait d'office se prononcer ce qui n'est plus le cas avec le système d'effacement. Les décisions se prononçant sur l'excusabilité, il y en avait tout le temps alors que pour l'effacement, il y en a moins parce qu'il faut en faire la demande.

On manque de recul pour répondre avec des statistiques fiables à cette question puisque le Livre XX est récent. Il faut se prononcer au plus tard sur la demande d'effacement lors de la clôture de la faillite. Il y a aujourd'hui assez peu de clôture de faillite sous le Livre XX. A l'heure actuelle, dans les divisions de Namur et Dinant, on peut compter seulement une demi-douzaine d'effacements.

- 2. La requête imposée par l'article XX.173 du Code de droit économique est-elle généralement déposée ?**

Généralement oui, mais il y a certains cas dans lesquels ce n'était pas fait. Dans les deux cas que j'ai eu, le failli n'était pas présent à l'audience.

- 3. Le refus en cas de faute grave et caractérisée est-il souvent mis en place ? Exemples de ce refus.**

Le système d'inversion du contentieux entraîne le fait que ce n'est pas parce qu'on a octroyé l'effacement que c'est terminé. Depuis l'entrée en vigueur du Livre XX, on connaît une seule procédure qui s'oppose à l'effacement. A priori, il y aura moins de refus d'effacement que de refus d'excusabilité. Les conditions ne sont pas les mêmes. Dans le refus de l'excusabilité, l'ensemble des circonstances graves étaient prises en compte pour refuser l'excusabilité. Le juge pouvait refuser indépendamment de la question de savoir si le Parquet ou un tiers s'y opposait. Avec l'effacement, il faut qu'un tiers se manifeste. Mais en plus les circonstances que je vais prendre en compte pour

refuser l'effacement sont moindres. Il faut que ces circonstances aient contribué à la réalisation de la faillite, ce qui est beaucoup plus restrictif. La marge du juge est à ce niveau plus réduite qu'avant.

Ce refus n'est donc pas souvent mis en place. Les exemples de motifs qui ont présidé à la demande de refus d'effacement, sont souvent d'ordre infractionnel. La situation que j'ai eue, est le cas d'un gérant d'une société personne morale. La société est tombée en faillite et lui-même est tombé en faillite, personnelle cette fois-ci. La demande de refus d'effacement a été dirigée contre le gérant pour les faits commis dans le cadre de son activité de gérant d'entreprise. Il n'avait pas tenu la comptabilité de l'entreprise et il avait détourné de l'actif de la société.

- 4. Est-ce que le fait que seules les circonstances antérieures ou concomitantes à la procédure de faillite seront prises en compte par le juge pour déterminer si une faute grave et caractérisée a été commise, a un impact négatif sur le rôle du curateur ? Un failli moins enclin à collaborer avec ce dernier ?**

À mon avis non. Le fait de ne pas collaborer avec le curateur reste une infraction pénale. C'est déjà un élément suffisamment persuasif.

- 5. Quelle différence entre l'exigence du failli malheureux et de bonne foi et la faute grave et caractérisée ?**

Finalement pas de différence. C'est quelque chose qui est présent dans la loi de 97. On s'est longtemps posé la question de savoir si quelqu'un qui ne commettait pas de faute grave et caractérisée mais dont il apparaissait qu'il n'était pas malheureux et pas de bonne foi, est-ce que ça suffit pour refuser l'excusabilité ? La jurisprudence au niveau de la Cour d'appel a toujours été de ne refuser l'excusabilité que dans des cas où on met en évidence des fautes graves et caractérisées.

C'est une bonne chose d'avoir supprimé les notions de malheur et de bonne foi au profit des critères plus objectifs de fautes graves et caractérisées.

- 6. Pour ou contre un système encore plus souple, où l'effacement serait accordé sans exception ?**

Totalement contre. La frustration pour un juge est grande de voir des gens à qui on accorde un effacement alors qu'ils ne se soucient absolument pas d'une saine et bonne gestion de leur entreprise. Accorder aveuglément l'effacement est insupportable.

Je me rends compte que les créanciers n'utilisent pas les armes qui sont mises à leur disposition par le législateur. Je m'attends à ce qu'il y ait très peu de réaction de la part des créanciers pour demander le refus de l'effacement. En ce qui concerne le Parquet, ça dépendra de sa politique criminelle. En tant que juge on a une grosse frustration parce que dans des situations où il n'y a pas de comptabilité ou/et des détournements dénoncés par le curateur, on doit accorder l'effacement si personne ne dit rien. Donc si, en plus, on n'a pas la possibilité d'agir dans le cas où les créanciers ou le Parquet s'opposent, comme c'est possible maintenant avec l'effacement, ça serait couvrir des infractions pénales. Ce qui est insupportable.

L'idée du législateur est de donner l'effacement plus souvent mais aussi de mettre en avant le mécanisme d'interdiction professionnelle. Il y a la possibilité de contrebalancer l'effacement trop vite donné par des procédures d'interdictions professionnelles. On peut imaginer que si le créancier n'a pas été partie à la procédure d'effacement, le jugement par lequel l'effacement est accordé ne lui est pas opposable. Ça le laisse libre de plaider devant le tribunal une interdiction professionnelle. C'est une question qui laisse place au débat.

7. Le mécanisme d'effacement est-il comme le disent les documents parlementaires « profondément différent » du mécanisme d'excusabilité ?

Il y a des différences importantes. La vraie différence (avec l'excusabilité) est qu'il faut demander l'effacement. Il y a une démarche minimum qui est de faire la demande. Le problème c'est : qui ne fait pas la demande ? Ce sont des gens mal informés ou qui ont des difficultés informatiques. J'ai eu un cas dans lequel quelqu'un pensait avoir fait la demande, alors qu'en réalité non. La requête imposée doit être chargée dans REGSOL. C'est déjà quelque chose de compliqué. Parfois, on voit arriver des gens qui pensent avoir demandé l'effacement, et en réalité pas du tout.

D'un côté ça me paraît positif de devoir faire la demande parce que c'est une démarche minimum mais d'un autre ceux qui ne font pas cette demande ou ne la font

pas correctement sont des gens mal informés. Ce ne sont pas forcément ceux qui mériteraient qu'on leur refuse.

La question de savoir si le délai de 3 mois est un délai préfix est très discutable. J'ai eu un cas dans lequel, le curateur dans son rapport en vue de la clôture, écrit que le failli a indiqué au CPAS qu'il comptait demander l'effacement. Puis au moment de la clôture, il n'y avait pas de demande d'effacement. Pourquoi n'a-t-il pas fait la demande ? J'ai remis le dossier et demandé au greffe de convoquer le failli. Le failli a dit qu'il avait demandé au CPAS qu'il fasse la demande d'effacement. Le CPAS a répondu qu'il ferait le nécessaire. Finalement le CPAS n'y était pas arrivé. Le nécessaire n'avait donc pas été fait. On a acté à la fin de l'audience que le failli demandait l'effacement. On a demandé au curateur de faire un rapport et j'ai considéré que le délai de trois mois n'était pas prescrit à peine de déchéance. À mon sens, la jurisprudence sur ce point sera fonction du cas d'espèce. Si un cas comme celui que j'ai décrit arrive devant la Cour d'appel, je suis convaincu que les juges de la Cour d'appel seront sensibles à une plaidoirie favorable au failli.

L'idée de refus d'effacement partiel est également nouvelle. Ça peut être positif mais il faut voir comment l'appliquer. Comment décider quelles dettes remettre ? Le Parquet dans un dossier me demande de remettre toutes les dettes sauf deux. Où est l'égalité des créanciers là-dedans ? Il faudra voir comment on l'applique.

8. Il semble exister un tiraillement perpétuel entre une loi plus souple en faveur du débiteur et une résistance à celle-ci. Pourquoi ?

Il faut trouver un équilibre entre les intérêts du débiteur et les intérêts du créancier. Il n'y a pas seulement le pauvre débiteur et le méchant créancier. Les banques, si elles ne sont pas dans une certaine mesure assurées de récupérer les crédits qu'elles font, ne feront plus crédit. Si les sûretés qu'elles obtiennent sautent, si les dettes sont pour un oui ou pour un non remises à zéro, elles vont s'y reprendre à deux fois avant de prêter. L'activité économique générale en Belgique dépend énormément du crédit. Donc si les crédits ne sont plus faits facilement, c'est toute l'activité économique qui risque de tomber par terre. On peut vouloir faire en sorte qu'un débiteur puisse repartir sur des bases assainies et ce n'est pas qu'une question de cœur, c'est une question de bon sens économique. Dans le temps on voyait des faillis qui restaient endettés des dettes du

passé jusqu'à la fin de leurs jours. Jamais ou quasiment jamais on ne les voyait rembourser leurs dettes. Avec un passif excessif soit ils restaient insolvable jusqu'à la fin de leurs jours, soit faisaient du noir,... Ça ne profitait pas à la collectivité. Il n'y avait aucun intérêt à ce que le débiteur reste dans l'insolvabilité jusqu'à la fin de ses jours. C'était logique de souhaiter à ceux qui le méritent l'excusabilité. Et on retrouve un peu cette même idée pour l'effacement.

9. On parle souvent de la balance entre d'un côté l'intérêt économique pour les créanciers de recouvrer leur créance, et la morale en ce que le débiteur failli ne doit pas être blâmé toute sa vie pour son échec et doit pouvoir se lancer dans une activité nouvelle. Est-ce que les créanciers sont réellement en danger à cause d'un mécanisme tel que l'effacement ?

Oui, potentiellement, comme répondu dans la question précédente.

La question de la morale, est intéressante. On a voulu en faire abstraction et c'est pour ça qu'on parle d'effacement et plus d'excusabilité. L'excusabilité avait une connotation morale que je trouve assez déplaisante. La faillite est vécue comme quelque chose d'infamant par le failli. C'est consternant de maintenir la notion de faillite. Et faire aveu c'est faire aveu d'une faute alors que si on veut considérer la faillite comme un outil de gestion qui permet un fresh start, il faut stopper avec la faute et la faillite. La faillite est clairement assimilée dans le dictionnaire à un échec. Une faillite peut arriver à tout le monde.

10. Selon vous, quelles sont les conséquences de l'effacement sur l'entrepreneuriat ?

Le fresh start, c'est la possibilité de repartir sur des bases assainies pour pouvoir se réinsérer dans le circuit économique et faire profiter le circuit économique de ses propres compétences et ne pas en être le boulet perpétuel. La notion de fresh start est très positive.

Je ne pense pas que suite à la réforme de l'excusabilité à l'effacement les gens demanderont plus l'effacement que l'excusabilité. Les gens ne voient pas tellement la différence entre les deux. Sur le plan des conditions, la différence est tellement ténue que les gens ne changeront pas de comportement suite au changement de loi. Ce qui risque d'influencer les gens c'est la question de la cristallisation de l'actif au jour de la faillite. La limitation de dessaisissement peut déterminer les comportements quand on est au courant.

ANNEXE 3

Interview de Monsieur Lorsignol Quentin, juriste d'entreprise chez

Atradius

- 1. Depuis la loi du 11 août 2017, y a-t-il plus ou moins d'effacement que d'excusabilité ?**

Pas d'effet sensible en nombre de dossiers. Les faillis obtiennent l'effacement au lieu de l'excusabilité depuis l'entrée en vigueur du Livre XX. La majorité de nos dossiers faillite concerne encore des excusabilités à ce jour.

- 2. La requête imposée par l'article XX.173 du Code de droit économique est-elle généralement déposée ?**

Je suppose que oui. Les faillis sont incités par les greffes à demander l'effacement de leurs dettes. En tout cas je n'ai pas encore de dossier où un failli aurait négligé cette étape.

- 3. Le refus en cas de faute grave et caractérisée est-il souvent mis en place ? Exemples de ce refus.**

Aucun cas à ce jour.

- 4. Est-ce que le fait que seules les circonstances antérieures ou concomitantes à la procédure de faillite seront prises en compte par le juge pour déterminer si une faute grave et caractérisée a été commise a un impact négatif sur le rôle du curateur ? Un failli moins enclin à collaborer avec ce-dernier ?**

Difficile à dire. Question à poser à un curateur.

- 5. Quelle différence entre l'exigence du failli malheureux et de bonne foi et la faute grave et caractérisée ?**

Les créanciers sont peu concernés. Il doit y avoir une différence en matière probatoire. C'est au tribunal d'apprécier.

- 6. Pour ou contre un système encore plus souple, où l'effacement serait accordé sans exception ?**

Contre. L'effacement des dettes ne doit pas être garanti à tout failli sans exception. Le fait que le failli n'ait pas d'office l'effacement aide à attirer son attention sur la nécessité d'une gestion en BPF.

7. Le mécanisme d'effacement est-il comme le disent les documents parlementaires « profondément différent » du mécanisme d'excusabilité ?

Il y a des différences importantes, c'est certain. En ce qui concerne la matière du crédit et surtout du crédit à la consommation (non professionnel), il y a un impact important au niveau de la Centrale des crédits aux particuliers (CCP).

8. Il semble exister un tiraillement perpétuel entre une loi plus souple en faveur du débiteur et une résistance à celle-ci. Pourquoi ?

Cela tient à l'antagonisme des intérêts entre débiteur et créancier. Un assouplissement des règles au bénéfice de l'un causera automatiquement une tension chez l'autre. Quand un failli obtient l'effacement de ses dettes (professionnelles et privées), cela cause une perte directe pour ses créanciers.

9. On parle souvent de la balance entre d'un côté l'intérêt économique pour les créanciers de recouvrer leur créance, et la morale en ce que le débiteur failli ne doit pas être blâmé toute sa vie pour son échec et doit pouvoir se lancer dans une activité nouvelle. Est-ce que les créanciers sont réellement en danger à cause d'un mécanisme tel que l'effacement ?

Ce n'est pas la faillite qui mettra en danger les « grands » créanciers (l'Etat à travers la TVA et l'ONSS, les banques, les compagnies d'assurance). En revanche, il existe dans presque toutes les faillites de plus petits créanciers, des partenaires d'affaires, des fournisseurs, des sous-traitants, qui sont souvent des indépendants et des PME. Ces plus petits acteurs peuvent rencontrer des difficultés à cause d'un de leurs débiteurs qui tombe en faillite et ne les paiera jamais. La faillite de l'un peut dans certains cas causer celle de l'autre... C'est important de laisser une seconde chance, mais cela l'est tout autant d'éviter les abus.

Concernant l'effacement, l'effet sera même peut-être légèrement positif pour les créanciers, puisqu'il est moins automatique que l'excusabilité et qu'il ne profite pas au conjoint sous certaines conditions (but privé).

10. Selon vous, quelles sont les conséquences de l'effacement sur l'entrepreneuriat ?

Pour le moment, je dirais aucune. Il est trop tôt pour faire des suppositions et à mon avis, un entrepreneur ne décide pas de se lancer ou pas selon le régime qui lui sera appliqué en cas de faillite.

