Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le fresh start

George, Florence; Ouchinsky, Nicholas

Published in:
Revue de droit commercial belge

Publication date:
2021

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
George, F & Ouchinsky, N 2021, 'Le fresh start: ses principes et son actualité', *Revue de droit commercial belge*, Numéro 6, p. 689-717.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 25. Apr. 2024

strada lex

Le fresh start, ses principes et son actualité

Nicholas OUCHINSKY[1] *et Florence GEORGE*[2]

Introduction . . . 689
Section 1. L'effacement des dettes . . . 690
A. Les origines de l'effacement . . . 690
B. La réforme du droit de l'insolvabilité . . . 692
1° Un droit d'opposition à l'octroi de l'effacement (demande préventive) . . . 696
2° Un droit de recours contre la décision accordant l'effacement (demande curative) . . . 696
C. La jurisprudence relative à l'article XX.173 du CDE . . . 700
a. Un rappel de la philosophie nouvelle de l'effacement . . . 700
b. La requête en effacement . . . 701
c. Le délai d'introduction de la demande d'effacement . . . 701
d. Les balises à l'effacement: la requête en refus d'effacement en cas d'existence de fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite . . . 703
e. Le pouvoir d'interdiction du tribunal . . . 701
f. Les questions en suspens . . . 705
D. La directive sur les cadres de restructuration préventive . . . 707
Section 2. Le dessaisissement . . . 710
A. Le régime du dessaisissement sous l'empire de la L. faill. . . . 710
B. La réforme . . . 712
C. La jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur de la réforme . . . 714
D. Considérations prospectives . . . 717
Conclusions . . . 717

RÉSUMÉ

Le régime du fresh start a connu d'importantes évolutions. Il s'articule désormais autour de deux grand axes: l'effacement de dettes et la limitation des effets du dessaisissement.

La présente contribution examine en profondeur ces deux axes sous l'empire de l'ancien et du nouveau régime.

Les auteurs exposent les nouveautés qu'emporte le nouveau régime en épinglant les récentes décisions rendues tant par les juges du fond que par les Hautes Juridictions.

SAMENVATTING

Het fresh start-regime heeft belangrijke veranderingen ondergaan. De hoekstenen ervan zijn thans de schuldkwijtschelding en de beperking van de buitenbezitstelling.

In deze bijdrage worden deze hoekstenen grondig onderzocht onder het oude en het nieuwe regime.

De auteurs zetten de kenmerken van de nieuwe regeling uiteen met aandacht voor de recente uitspraken van zowel de feitenrechters als de hoogste rechterlijke instanties.

INTRODUCTION

1. Depuis son insertion dans notre droit, le principe du « nouveau départ » – sous son appellation anglosaxonne de « *fresh start* » – a connu d'importantes évolutions. Il est d'abord apparu comme une mesure de faveur prévue pour le failli qui pouvait demander à être « excusé » de sa déconfiture.

1. Assistant à l'ULB, avocat au barreau de Bruxelles.
2. Chargée de cours à l'UNamur, chargée de cours invitée à l'UCLouvain, avocate au barreau de Liège-Huy.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

Il a ensuite été consacré en un droit, qui s'est renforcé au fil du temps.

Ce principe est aujourd'hui l'un des principaux fers de lance du droit européen de l'insolvabilité.

Le nouveau départ s'articule actuellement, dans notre système juridique, autour de deux grands axes, à savoir l'effacement de dettes (Section I.) et la limitation des effets de dessaisissement de la faillite (Section II.). Seul le failli exerçant en personne physique est visé.

Nous nous concentrerons, dans la présente contribution, sur une analyse des derniers développements législatifs et jurisprudentiels intervenus dans le développement de ces deux axes fondamentaux du droit au nouveau départ.

SECTION 1. L'EFFACEMENT DES DETTES

2. Après un rappel des origines de l'effacement de dettes (A.), nous examinerons les modifications de la matière apportées par le Livre XX du Code de droit économique[3] (B.). Nous mettrons ensuite en exergue les pierres d'achoppement du nouveau régime et la jurisprudence souvent contrastée rendue en la matière (C.). Enfin, *de lege ferenda*, les évolutions issues du droit européen seront mises en perspective (D.).

A. Les origines de l'effacement

3. De l'Antiquité à l'Epoque moderne. Le droit romain considérait l'insolvabilité comme à ce point grave qu'il la sanctionnait, au départ, de la peine de mort. Le droit romain a ensuite évolué vers des sanctions moins sévères telles la « prise de corps »[4] et la « *venditio bonorum* »[5], le débiteur perdant en outre le droit de vote et d'éligibilité.

Nombreuses furent, au Moyen Age, les sanctions civiles et pénales contre l'insolvabilité, comme la prise de corps héritée du droit romain, l'excommunication ou le bannissement.

Au XV^e^ siècle apparut en Italie l'expression *bancarotta*, issue du latin médiéval *banca rupta*, la banca désignant, à l'époque médiévale, une planche de bois garnie de cases et permettant de changer les monnaies avant d'entrer dans une ville. Lorsque la personne exerçant ce commerce faisait faillite, elle devait publiquement rompre sa planche. L'infraction de banqueroute existe encore aujourd'hui dans de nombreux systèmes juridiques. Elle désigne plus spécifiquement l'organisation frauduleuse d'insolvabilité, notamment sanctionnée par certaines peines d'interdiction.

4. L'apparition du concept anglo-saxon du « nouveau départ ». La notion du « fresh start » ou plus exactement de la « discharge » est née au XVIII^e^ siècle en Angleterre et au XIX^e^ siècle aux Etats-Unis.[6]

Aux USA, « *the goal of the fresh start policy is to give the honest but unfortunate debtor an new opportunity in life free from the pressure and discouragement of pre existing debts* ».[7] Il est, en effet, de l'intérêt de l'économie nationale que le commerçant puisse de nouveau prendre part au commerce. « *Discharge is the legal embodiment of the idea of the fresh start.* »[8]

5. Le *fresh start* et la loi du 8 août 1997 sur les faillites.[9] Il a fallu attendre la loi sur les faillites (dénommée ci-après « L. faill. ») pour que soit consacrée l'apparition du « fresh start » en droit belge sous la forme du mécanisme bien connu de l'excusabilité du failli.

Le régime de l'excusabilité du failli a en effet constitué une des innovations majeures de la L. faill.[10] L'objectif était d'éviter que les faillis ne doivent, durant toute leur vie, céder tous les revenus saisissables et les biens qu'ils acquièrent à leurs créanciers.[11]

3. Ci-après « CDE ».
4. Enfermement du débiteur jusqu'au remboursement de ses dettes.
5. Vente collective des biens du débiteur.
6. P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », *in Centre d'étude J. Renaud*, *Faillite et concordat judiciaire: un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 224; S. SCHILLER, « L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ? Comparaison franco-américaine », *R.I.D.C.*, 2004, pp. 655-674.
7. R.F. SALVIN, « Student loans, bankruptcy, and the fresh start policy: must debtors be impoverished to discharge educational loans », *Tulane law review*, 1996, p. 174 cité par F. T 'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 362. Traduction libre: « Le but de la politique du fresh start est de donner au malheureux débiteur honnête une nouvelle chance dans la vie, ce dernier étant libéré de poids et du sentiment de découragement liés à ses dettes préexistantes. »
8. D.G. EPSTEIN, S.H. NICKLES et J.J. WHITE, *Practitioner treatise series. Bankruptcy*, vol. 2, St. Paul, West publishing Co., 1992, p. 312. Traduction libre: « La décharge est la traduction, en termes légaux, de l'idée du fresh start. »
9. Ci-après la « L. faill. ».
10. C. MATRAY, « L'excusabilité du failli », *R.R.D.*, 1998, pp. 261-277; G.-A. DAL, « L'excusabilité (1998-2001) », *J.T.*, 2002, pp. 57-61; G.-A. DAL, « L'excusabilité du failli », *in Centre d'étude Jean Renaud*, *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia Bruylant, 1997, pp. 163-171; J. WINDEY, « L'excusabilité du failli », *R.D.C.*, 1999, pp. 168-178.
11. X., « Déclaration d'excusabilité et 'cautions de bienfaisance' », *Bilan,* 2001, liv. 414, p. 1.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

Le nouveau départ a ensuite évolué progressivement d'une mesure de faveur vers un droit du failli[12], avec l'adoption de la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés. Cette loi instaure le principe suivant lequel, au moment de la clôture de la faillite, le failli doit systématiquement être « *dûment appelé devant le tribunal de commerce afin d'y être entendu au sujet de son excusabilité* ».[13]

Cette évolution est encore renforcée par la loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, et portant des dispositions fiscales diverses. Cette dernière insère un alinéa 5 dans l'article 80 L. faill. prévoyant la possibilité pour le failli de demander au tribunal de statuer sur son excusabilité, 6 mois après la date du jugement déclaratif de faillite. Les travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 2005 soulignaient déjà, à l'époque, que:

« *La loi du 8 août 1997 sur les faillites a introduit un important élément nouveau, à savoir l'excusabilité du failli.*

Ainsi, s'il a été déclaré excusable par le tribunal de commerce compétent, le failli peut désormais prendre un nouveau départ sur une base assainie, conformément au principe anglo-américain du 'fresh-start'.

Lorsqu'il s'agit d'une faillite plus complexe, où la réalisation des actifs et la composition du passif demandent beaucoup de temps, il faut parfois attendre plusieurs années avant que la faillite ne soit clôturée.

Dans ce cas, le jugement d'excusabilité sera rendu beaucoup plus tard.

L'objectif fondamental de la loi sur les faillites était d'instaurer un juste équilibre entre le débiteur failli, qui a droit à une nouvelle chance dans la vie économique, et les créanciers, qui ont droit à un règlement rapide et efficace de leurs créances.

Les procédures interminables finissent par exclure de la vie économique et professionnelle la personne faillie, sans que celle-ci bénéficie de l'excusabilité.

Pendant le déroulement de la faillite et lors de la liquidation de celle-ci, le failli se trouve dans l'incertitude. Une faillite qui comporte des actifs réalisables peut durer de longues années.

En revanche, une faillite sans actifs, qui est clôturée par manque d'actifs, se règle beaucoup plus vite.

Le jugement d'excusabilité peut alors être rendu beaucoup plus tôt.

Le failli peut être libéré immédiatement de ses dettes.

Il peut se lancer sans attendre dans une nouvelle activité indépendante ou travailler comme salarié sans craindre une saisie de ses recettes ou de ses revenus.

Pour mettre fin à cette discrimination, il faut déplacer le moment auquel le juge se prononce sur l'excusabilité.

Il est injuste de devoir attendre la clôture définitive de la faillite pour obtenir le jugement d'excusabilité.

Le présent amendement tend à faire en sorte que le jugement puisse être prononcé à partir de six mois après le jugement déclaratif de la faillite. Dans ce cas, il appartient au failli de prendre l'initiative en adressant une requête au tribunal. »[14]

6. Les écueils et les points forts de la L. faill. en matière de *fresh start.* Sous l'empire de la L. faill., les conditions de l'excusabilité étaient doubles. Il fallait, d'une part, que le failli démontre être malheureux et de bonne foi[15], ce qui impliquait une certaine latitude laissée aux tribunaux qui statuaient sur la base d'un faisceau d'éléments.[16] D'autre part, il ne devait pas exister de circonstances graves dans le chef du failli.[17]

L'excusabilité n'éteignait pas les dettes du failli antérieures au jugement déclaratif de faillite, mais ne faisait qu'en suspendre l'exigibilité et n'avait d'effet que pour l'avenir.[18]

L'excusabilité avait, par contre, une portée très large. Elle visait « *toutes les dettes du failli y compris fiscales et privées qui sont nées au moment du jugement déclaratif de faillite*[19] *à l'exception toutefois des dettes alimentaires et de celles qui résultent de dommages liés au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique que le failli a causés par sa faute* ».[20] S'ajoutaient à ces deux exceptions légales, les dettes de la masse

12. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 756, n° 3.12.1.2.
13. *Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, n° 50-1132/001, p. 10.
14. *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-1811/004, pp. 4-5.
15. Voy. art. 80, al. 2, § 2, loi du 8 août 1997. D'après les travaux préparatoires, la notion de bonne foi « s'identifie au fait de s'être correctement comporté avant et pendant le cours de la faillite » (projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *exposé des motifs*, *Doc. parl*., Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 1132/001, pp. 13-14).
16. P. JEHASSE, *La faillite*, Liège, Edipro, 2006, p. 148.
17. P. CAVENAILE et T. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », *in* X., *Sûretés et procédures collectives*, C.U.P., vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, p. 110.
18. F. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *Rép. not*., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 371.
19. « L'excusabilité porte sur *les dettes existant au jour du jugement déclaratif de faillite* et non au jour du jugement accordant l'excusabilité » (C. MUSCH, « Faillite et règlement collectif de dettes: excusabilité *versus* remise de dettes », *R.F.D.L.*, 2012, p. 541). Voy. Cass., 5 octobre 2007, *J.L.M.B*., 2008, p. 11; *Pas*., 2007, I, p. 1709; Liège, 11 février 2008, *J.L.M.B*., 2008, p. 1238.
20. P. JEHASSE, *La faillite*, Liège, Edipro, 2006, p. 152; P. CAVENAILE et T. CAVENAILE, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », *in* X., *Sûretés et procédures collectives*, C.U.P., vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 112 et s.; art. 82, al. 2, loi du 8 août 1997 sur les faillites (*M.B.*, 28 octobre 1997).

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 5 octobre 2007[21], la Cour a, en effet, énoncé très clairement que « *les dettes de la masse, nées après le jugement déclaratif de faillite, ne sont pas affectées par la déclaration d'excusabilité* ».

La décision d'excusabilité était toujours examinée par le tribunal, soit à l'occasion de la clôture de la faillite, soit, lorsque la demande en était faite anticipativement par le failli, au plus tôt 6 mois à dater du jugement déclaratif de faillite.

Dans l'hypothèse d'une excusabilité anticipée, les actifs échus au failli après cette excusabilité restaient dans l'escarcelle de la faillite et ne revenaient pas au failli.[22] Bien que l'excusabilité anticipée constituait un barrage aux prétentions des créanciers, elle ne portait, partant « *en rien sur les actifs* ».[23]

B. La réforme du droit de l'insolvabilité

7. Une réforme inspirée du droit européen. Un des objectifs poursuivis par le projet de loi ayant abouti à l'adoption de la loi du 11 août 2017 consistait à « *promouvoir la seconde chance qui encourage l'entrepreneuriat et permet un nouveau départ* ».[24]

Le législateur belge entendait éviter le caractère stigmatisant de l'échec.[25] Cette volonté s'inscrivait dans la droite ligne des recommandations[26] de la Commission qui prônait l'adoption d'une nouvelle approche en matière d'insolvabilité des entreprises. Des normes minimales pour l'apurement des dettes des entrepreneurs faillis étaient prévues. On retrouvait cette même idée, à l'époque, dans la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil[27] (voy. sur la directive, *infra*, n° 30 et s.).

La Commission exposait à cet égard 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 des dettes à l'expiration d'un délai déterminé.* »[28]

Elle promouvait dès lors une seconde chance pour les entrepreneurs en ces termes:

« *30. 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 de:*

(a) 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) 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. A l'expiration du délai réhabilitation, les entrepreneurs devraient être libérés de leurs dettes sans qu'une saisine de la juridiction compétente ne soit en principe nécessaire.

32. Une pleine réhabilitation après un court laps de temps n'est pas appropriée en toutes circonstances. Les Etats membres devraient dès lors pouvoir maintenir ou adopter des dispositions plus strictes qui sont nécessaires pour:

(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

21. Cass., 5 octobre 2007, F.06.0047.F, *Arr. Cass.*, 2007, p. 1852; *J.L.M.B.*, 2008, p. 11; *Pas.*, 2007, p. 1709; *R.W.*, 2010-2011, p. 725. Voy. égal. Liège, 11 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1238.
22. Voy. Comm. Liège, 21 mai 2013, R.G. n° A/13/773, *inédit*; Liège, 3 octobre 2013, R.G. 2013/RG/970, *inédit*; Cass., 25 septembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 1990; *J.L.M.B.*, 2015, p. 404; *R.D.C.*, 2015, p. 573, note D. PASTEGER (ces trois décisions ayant été rendues dans la même affaire). Voy. D. PASTEGER, « La déclaration anticipée d'excusabilité, un supplice de Tantale? » (note sous Cass., 25 septembre 2014), *R.D.C.*, 2015, pp. 576-583.
23. Comm. Liège, 21 mai 2013, R.G. n° A/13/773, *inédit*.
24. 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[er] du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 3.
25. 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[er] du Code de droit économique, rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de droit commercial et économique par Dirk Janssens et Ann Vanheste, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 4.
26. Recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, www.ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_fr.pdf. Voy. égal., communiqué de presse de la Commission européenne du 12 mars 2014, www.europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_fr.htm.
27. 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'efficience des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive n° 2012/30/UE, www.eur-lex.europa.eu.
28. Recommandation de la Commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, www.ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_fr.pdf.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

de sa famille en permettant à l'entrepreneur de conserver certains actifs.

33. Les Etats membres peuvent exclure de la règle de l'apurement des catégories spécifiques de créances, telles que celles issues d'une responsabilité délictueuse. »[29]

8. L'effacement consacré par le Livre XX du CDE. Dans sa version définitive, l'article XX.173 du CDE dispose:

« *§ 1er. Si le failli est une personne physique, il sera libéré envers les créanciers du solde des dettes, sans préjudice des sûretés réelles données par le failli ou un tiers. L'effacement est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute.*

§ 2. L'effacement est uniquement octroyé par le tribunal à la requête du failli, requête qu'il doit ajouter à son aveu de faillite ou déposer dans le registre au plus tard trois mois après la publication du jugement de faillite, même si la faillite est clôturée avant l'expiration du délai. La requête est notifiée par le greffier au curateur. Au plus tard après un mois, celui-ci dépose un rapport dans le registre sur les circonstances pouvant donner lieu au constat de fautes graves et caractérisées visées au § 3.

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. A la demande du failli, le tribunal communique à ce dernier, par le biais du registre, dans un délai d'un an à partir de l'ouverture de la faillite, les motifs qui justifient qu'il ne s'est pas prononcé sur l'effacement sans que cette communication ne préjuge de la décision qui sera rendue sur l'effacement.

Le tribunal se prononce sur la demande d'effacement au plus tard lors de la clôture de la faillite ou, si la demande visée à l'alinéa 1er n'est pas encore introduite au moment de la clôture, dans un délai d'un mois après la demande.

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 greffier au Moniteur belge.

§ 3. Tout intéressé, en ce compris le curateur ou le ministère public peut, par requête communiquée au failli par le greffier, à partir de la publication du jugement de faillite, demander que l'effacement ne soit que accordé partiellement ou refusé totalement par décision motivée, si le débiteur a commis des fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite. La même demande peut être introduite par le biais d'une tierce opposition par requête au plus tard trois mois à compter de la publication du jugement accordant l'effacement.

Lorsque le failli est un titulaire d'une profession libérale, le greffier notifie à son organe disciplinaire une copie du jugement accordant partiellement ou refusant entièrement l'effacement. »

L'excusabilité est ainsi remplacée par un régime d'effacement de dettes qui présente désormais, sauf exceptions, un caractère automatique.[30] Le législateur rompt avec les conditions de malheur et de bonne foi fixées à l'article 80 de la L. faill. qui ne sont désormais plus exigées.[31]

Le simple fait de changer de terminologie constitue, en soi, une avancée énorme dans notre droit de l'insolvabilité, qui, dans le vocable utilisé, était resté trop marqué par le caractère infâmant de la déconfiture hérité de l'Antiquité.

Le fait de requalifier le régime permettant au failli personne physique d'être libéré de ses dettes du passé en *effacement* contribue ainsi à mettre un terme à la stigmatisation de la faillite, qui était présente jusque dans les textes légaux.

On peut toutefois se demander s'il n'aurait pas été préférable d'utiliser un terme issu du droit des obligations afin d'éviter toute ambiguïté.

9. Les conditions d'obtention de l'effacement. Suivant l'article XX.173, § 1er, du CDE: « *Si le failli est une personne physique, il sera libéré envers les créanciers du solde des dettes, sans préjudice des sûretés réelles données par le failli ou un tiers.* »

Le Livre XX du CDE a ainsi supprimé la condition de fond prévue en matière d'excusabilité, qui consistait à examiner si le failli était « *malheureux et de bonne foi* ».

L'*exposé des motifs* précise, à ce sujet que: « *La nouveauté du système consiste dans le fait que le jugement de clôture emporte par le fait même l'effacement de la dette, même si cet effacement pourra dans des cas exceptionnels faire l'objet de recours.* »[32]

Le législateur a cependant prévu une restriction de taille à l'automaticité de l'effacement. En effet, contrairement au régime de l'excusabilité qui avait consacré un droit en faveur du failli d'être convoqué à la clôture de sa faillite pour entendre statuer sur son excusabilité, le failli doit demander l'effacement de ses dettes.[33]

29. *Ibid.*
30. 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 Ier du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 89.
31. Voy. sur ces critères, C. MUSCH, « Faillite et règlement collectif de dettes: excusabilité versus remise de dettes », *R.F.D.L.*, 2012, p. 535.
32. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/001, p. 89.
33. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/001, p. 97.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

L'article XX.173, § 1er, alinéa 1er, CDE dispose, en effet, que: « *L'effacement est uniquement octroyé par le tribunal à la requête du failli, requête qu'il doit ajouter à son aveu de faillite ou déposer dans le registre au plus tard trois mois après la publication du jugement de faillite, même si la faillite est clôturée avant l'expiration du délai.* »

Il n'est, partant, pas rigoureusement exact d'affirmer que l'effacement est devenu *totalement automatique*, dès lors que pour pouvoir en bénéficier, le failli devra nécessairement en avoir fait la demande dans les délais fixés par le législateur.[34]

Ainsi, contrairement à ce qui pouvait arriver sous l'empire du régime de l'excusabilité, dans lequel le tribunal devait nécessairement statuer sur l'excusabilité en même temps que sur la clôture de la faillite, un failli ne pourra plus quitter notre Royaume en espérant revenir un jour après avoir obtenu le bénéfice de son excusabilité par défaut. L'*exposé des motifs* précise, à cet égard, que: « [S]*i* [celui-ci] *n'est pas* [demandé] *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.* »[35] (voy. sur la nature du délai, *infra*, nos 19 et s.).

10. Conditions procédurales. Le failli doit, suivant le prescrit de l'article XX.173, § 2, alinéa 1er, du CDE, formuler sa demande d'effacement par requête.

Cette requête doit être déposée:
- soit en même temps que l'aveu de faillite;
- soit au plus tard 3 mois après la publication du jugement déclaratif de faillite, et ce même si la faillite a, entre-temps, été clôturée.

La requête est notifiée par le greffier au curateur, qui est tenu de déposer un rapport sur les circonstances pouvant donner lieu au constat de fautes graves et caractérisées dans le Registre central de la Solvabilité, au plus tard un mois après cette notification.

Le rapport du curateur sur le constat de fautes graves et caractérisées susceptibles d'avoir contribué à la faillite résulte de l'amendement n° 134 déposé le 28 juin 2017, après de vifs débats intervenus au sein de la Commission chargée d'examiner le projet, sur la question de la prise en compte de la mauvaise foi du failli lors de l'examen par le tribunal de la requête en effacement.[36]

Cet amendement est justifié par le fait, que « *les auditions et les remarques de différents membres de la Commission ont mis en avant le fait que des garanties encore plus nombreuses doivent être instaurées afin d'éviter des abus et des effacements injustifiés et afin de favoriser la réelle appréciation par le tribunal* ».[37]

11. L'excusabilité anticipée. A l'instar de ce qui était prévu à l'article 80, alinéa 5, de la L. faill., l'article XX.173, § 2, alinéa 2, du CDE donne la possibilité au failli de demander au tribunal qu'il se prononce sur sa demande d'effacement, après l'écoulement d'un délai de 6 mois depuis le dépôt de la requête sollicitant l'effacement, et ce indépendamment de la clôture de la faillite. Ce délai avait été réduit à 3 mois dans le projet de loi initial, mais il a été reporté à 6 mois par l'amendement n° 134 précité, un tel délai offrant, aux yeux des auteurs de cet amendement, « *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* ».

L'article XX.173, § 2, alinéa 2, du CDE prévoit également que lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'ouverture de sa faillite, le failli peut demander au tribunal de lui communiquer, par le biais du Registre central de la Solvabilité, les motifs qui justifient qu'il ne s'est pas prononcé sur sa demande d'effacement, sans que cette communication ne préjuge de la décision qui sera rendue sur l'effacement.[38]

Ces règles sont inspirées de la promotion de la seconde chance mise en avant par le droit européen. Elles ont pour objectif de favoriser la libération rapide de l'entrepreneur des dettes. Dans sa recommandation du 12 mars 2014 évoquée ci-avant, la Commission européenne considère, en effet, que: « [L]*es 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 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 (...)* »[39]

12. Le jugement d'effacement. Le tribunal se prononce sur la demande d'effacement au plus tard lors de la clôture de la faillite.

Il peut arriver, dans des cas exceptionnels, que la clôture intervienne moins de 3 mois après la publication du jugement déclaratif de faillite.[40] Dans ce cas, l'article XX.173, § 2, alinéa 3, du CDE précise que si la requête en effacement n'a pas encore été introduite au moment de la clôture, le tri-

34. Nous verrons ci-après que l'automaticité rejaillit plutôt au niveau du pouvoir d'appréciation du tribunal.
35. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/001, p. 89.
36. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/004, p. 53-57. Voy. aussi sur le procédure: A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2021, p. 1071.
37. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/006, p. 69.
38. Voy. aussi A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2021, p. 1072.
39. www.ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_fr.pdf, p. 10.
40. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/006, p. 70.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

bunal statue dans un délai d'un mois après le dépôt de la requête.

Le jugement ordonnant l'effacement des dettes[41] du débiteur est communiqué par le greffier au curateur et est déposé dans le Registre central de la Solvabilité.

Il est publié par extrait par les soins du greffier au *Moniteur belge*.

Lorsque le failli est un titulaire d'une profession libérale, le greffier notifie à son organe disciplinaire une copie du jugement accordant partiellement ou refusant entièrement l'effacement.

13. L'automaticité de l'effacement et le rapport du curateur. Comme le souligne I. Verougstraete, « *l'effacement est un droit. En principe, le failli voit le solde de ses dettes effacé de manière automatique* ».[42]

L'article XX.173, § 2, alinéa 1er, du CDE prévoit que la requête en effacement est notifiée au curateur qui est tenu de déposer « [a]*u plus tard après un mois, (...) un rapport dans le Registre sur les circonstances pouvant donner lieu au constat de fautes graves et caractérisées visées au § 3* ».

Le rapport à déposer par le curateur et la possibilité de s'opposer pour les tiers intéressés, le ministère public et le curateur à l'effacement résultent de l'amendement n° 134.

I. Verougstraete observe, au sujet des restrictions posées par cet amendement à l'automaticité de l'effacement, que « [l]*e législateur n'a pas totalement pu vaincre les résistances de certains milieux lorsque la situation d'insolvabilité semble avoir pour origine un comportement gravement fautif du failli. De manière exceptionnelle, l'effacement pourrait ne pas être accordé ou ne l'être que partiellement. Mais si des tiers peuvent s'opposer à l'effacement, le système est cependant inversé: là où, dans la législation ancienne le failli bénéficiait d'une excusabilité à l'appréciation du juge, l'effacement est de droit sans appréciation du juge, mais avec seulement une possibilité de recours de tiers dans des hypothèses très limitées. (...) En dépit de discussions animées à la Chambre, le législateur s'est cependant, et fort heureusement, gardé d'en revenir à une approche moralisatrice de la faillite et au concept de bonne ou mauvaise foi* ».[43]

L'éminent auteur en déduit que le « *seul contrôle à faire* [*pour le tribunal*] *est celui de l'identité du débiteur, de son état de faillite et du respect du délai (art. XX.173). Mais les tiers peuvent dans des conditions très précises s'opposer à l'effacement total ou partiel de la dette. Ce n'est que dans cette hypothèse que le travail de vérification du juge aura une importance plus que formelle. A défaut d'action des tiers et bien sûr dans la mesure où l'effacement a été demandé, l'effacement est acquis* ».[44]

Le principe de l'automaticité de l'effacement, implique, partant, une absence de pouvoir d'appréciation du tribunal[45], qui devra l'accorder en l'absence de requête en opposition à l'effacement introduite sur pied de l'article XX.173, § 3, du CDE.[46]

Par conséquent, même si un curateur devait être amené à rendre, sur la base de l'article XX.173, § 2, du CDE, un rapport négatif sur l'effacement, en stigmatisant dans le chef du failli des fautes graves et caractérisées susceptibles d'être à l'origine de la faillite, le tribunal sera tenu d'accorder l'effacement s'il n'est pas formellement saisi d'une demande de refus fondée sur l'article 173, § 3, du CDE.

14. Les recours des tiers contre l'effacement. Sous le régime de l'excusabilité, les créanciers n'étaient invités à s'exprimer sur l'excusabilité du failli que lors de l'audience de reddition des comptes simplifiés du curateur, qui précédait l'audience de clôture.[47]

Dans l'hypothèse d'une clôture sommaire de la faillite pour absence ou insuffisance d'actif, l'article 73 de la L. faill. ne prévoyait, par contre, pas la possibilité pour les créanciers de donner leur avis sur l'excusabilité du failli.

Il était néanmoins prévu, tant dans l'hypothèse d'une clôture avec actifs[48] que dans celle d'une clôture sommaire[49], la possibilité pour les créanciers d'introduire une tierce opposition contre la décision d'excusabilité, par citation signifiée au curateur et au failli dans le mois à compter de la publication du jugement de clôture de la faillite.

Ces principes évoluent sensiblement avec la réforme.

Dans sa première mouture, l'article XX.173, § 3, CDE[50] était libellé en ces termes:

41. Comme le relève T. HÜRNER, le texte de l'art. XX.173, § 2, al. 4, CDE fait référence erronément au « jugement ordonnant l'effacement du débiteur » (T. HÜRNER, « Les réformes importantes en matière de faillite dans le Livre XX 'Insolvabilité des entreprises' du Code de droit économique », *in 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, p. 12, note n° 69).
42. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité des entreprises*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, p. 1195, n° 1685.
43. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité des entreprises*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, p. 1196, n° 1688.
44. *O.c.*
45. 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, p. 269, n° 10; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité des entreprises*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, p. 1195, n° 1685; Liège, 29 juin 2021, R.G. n° 2020/RG/879, *inédit*.
46. Voy. *infra*.
47. Art. 79 L. faill.
48. Art. 80, al. 2, L. faill.
49. Art. 79, al. 5, L. faill.
50. Il s'agissait alors de l'art. XX.176, § 3, CDE en projet.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

« *A la demande d'une partie intéressée, notifiée au failli par le greffier, chaque partie intéressée peut cependant, dans le mois après la publication du jugement de clôture de la faillite, ou, le cas échéant, un mois après la décision du tribunal sur la demande d'effacement, demander que l'effacement soit seulement accordé partiellement ou refusé entièrement, si le failli a commis des fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite.* »[51]

Il était ainsi prévu la possibilité pour toute partie intéressée de postuler, dans un certain délai[52], le refus de l'effacement ou sa limitation, après la décision rendue sur celui-ci, en cas de fautes graves et caractérisées du failli ayant contribué à la faillite. Les créanciers n'étaient, de la sorte, plus invités à donner leur avis en amont de la décision d'effacement, mais avaient la possibilité d'introduire un recours contre celle-ci *a posteriori* (demande de refus[53] ou de limitation).

Quelques précisions furent ajoutées à cette disposition, à la suite de l'adoption des amendements n° 28 et n° 29 dans le cadre des débats intervenus au sujet du pouvoir d'appréciation du tribunal sur la demande d'effacement.[54] Ces deux amendements prévoient, respectivement, la possibilité en faveur du ministère public d'introduire également un recours contre l'effacement[55] et la notification de la décision de refus total ou partiel d'effacement à l'organe disciplinaire du failli lorsque celui-ci est titulaire d'une profession libérale.[56]

L'amendement n° 134 évoqué ci-avant a, ensuite, modifié le § 3 de l'article XX.173 CDE[57], en vue d'« *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* [en cas de fautes graves et caractérisées du failli qui ont contribué à la faillite.] ».[58]

Le régime de l'article XX.173, § 3, du CDE organise, en conséquence, les deux recours suivants contre l'effacement:

1° Un droit d'opposition à l'octroi de l'effacement (demande préventive)

Tout intéressé peut, en vertu de l'article XX.173, § 3, du CDE, demander que l'effacement ne soit accordé que partiellement ou refusé totalement par décision motivée, en démontrant que le débiteur a commis des fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite.

Cette demande peut être introduite à tout moment dans le Registre central de la Solvabilité, par requête contradictoire, à partir de la publication du jugement de faillite au *Moniteur belge*.[59]

Elle a le mérite d'instaurer, dans tous les cas[60], la possibilité d'un débat sur l'effacement, à l'intervention de tiers intéressés, avant que la décision sur l'effacement soit rendue.

Outre les tiers intéressés et le ministère public, l'amendement n° 134 a, par ailleurs, ouvert ce recours au curateur, au motif que celui-ci « *connaît le mieux la situation; il appartient en effet au curateur de déterminer la cause de la faillite et d'y donner les suites adaptées* ».[61] Les travaux préparatoires recommandent, à cet égard, que « *le curateur n'attende pas qu'il y ait déjà un jugement d'effacement pour introduire son action* ».[62]

2° Un droit de recours contre la décision accordant l'effacement (demande curative)

Les tiers intéressés, le ministère public et le curateur peuvent également former tierce opposition contre le jugement accordant l'effacement, par requête déposée au plus tard 3 mois à compter de la publication de la décision au *Moniteur belge*.

Le délai qui était prévu à compter de la publication du jugement déclaratif de faillite au *Moniteur belge*, par les articles 79, alinéa 5 et 80, alinéa 2, de la L. faill., pour pouvoir former tierce opposition contre le jugement accordant l'excusabilité a ainsi été « *porté d'un mois à trois mois, pour donner suffisamment de temps aux intéressés pour prendre une décision et exécuter celle-ci dans le délai* ».[63]

La tierce opposition n'est en principe pas suspensive. Les travaux préparatoires précisent cependant 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 encore pouvoir exercer son action à titre conser-*

51. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/001, p. 225.
52. Il était étrangement prévu que la demande pouvait être faite, dans le mois du jugement de clôture de la faillite, si celui-ci s'était prononcé sur l'effacement, ou « *le cas échéant, un mois après la décision du tribunal sur la demande d'effacement* ».
53. Il eu été préférable de parler, dans ce cas, de *réformation*, puisque, par hypothèse, l'effacement avait déjà été accordé.
54. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/004, pp. 53-57.
55. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/002, p. 30.
56. *Ibid.*, p. 31.
57. Qui portait le n° XX.175 à ce stade des travaux préparatoires.
58. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/006, p. 70.
59. Une telle demande en termes de citation en faillite n'est donc pas permise.
60. Y compris dans l'hypothèse d'une clôture sommaire de la faillite pour absence ou insuffisance d'actif sur pied de l'art. XX.135 CDE.
61. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/006, pp. 70-71.
62. *Ibid.*, p. 71.
63. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/006, p. 71.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

vatoire (faire valoir des droits sur de nouveaux revenus du débiteur failli par exemple) ».[64]

15. La réinstauration de la possibilité pour le tribunal de l'entreprise de prononcer des peines d'interdiction. Une autre possibilité de sanctionner une faute grave et caractérisée du failli ayant contribué à la faillite est celle de l'interdiction d'exploiter une entreprise.

Cette mesure d'interdiction fait, en réalité, peau neuve.

A l'occasion de l'adoption de la L. faill., il avait été précisé à l'article 3*bis* de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités que:

« *§ 1er. Pour l'application du présent article, sont assimilés au failli, les administrateurs et les gérants d'une société commerciale déclarée en état de faillite, dont la démission n'aura pas paru aux annexes du Moniteur belge un an au moins avant la déclaration de la faillite ainsi que toute personne qui, sans être administrateur ou gérant, aura effectivement détenu le pouvoir de gérer la société déclarée en état de faillite.*

§ 2. Sans préjudice aux dispositions interdisant à un failli non réhabilité d'exercer certaines professions ou activités, ***le tribunal de commerce qui a déclaré la faillite****, ou si celle-ci a été déclarée à l'étranger, le tribunal de commerce 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'exercer, personnellement ou par interposition de personne, toute activité commerciale****.*

§ 3. En outre, pour les personnes assimilées au failli en vertu du § 1er, le tribunal de commerce qui a déclaré la faillite de la société commerciale ou, si celle-ci a été déclarée à l'étranger, le tribunal de commerce de Bruxelles, peut, s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée de l'une de ces personnes a contribué à la faillite, interdire, par un jugement motivé, à cette personne d'exercer personnellement ou par interposition de personne, toutes fonctions d'administrateur, de gérant ou de commissaire dans une société commerciale ou à forme commerciale, toutes fonctions conférant le pouvoir d'engager de telles sociétés ainsi que toutes fonctions de préposé à la gestion d'un établissement belge, prévue par l'article 198, alinéa 2 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935. »[65]

Le tribunal de commerce s'était ainsi vu accorder la compétence de prononcer des peines d'interdiction contre le failli personne physique ou les administrateurs et les gérants d'une société commerciale déclarée en état de faillite, lorsqu'il était établi que ceux-ci avaient commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite.

La Cour constitutionnelle a considéré, par deux arrêts rendus le 12 juillet 2006[66] et le 22 novembre 2007[67], que ces dispositions violaient les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que le failli personne physique et les personnes assimilées au failli visées par celles-ci « *ne peuvent bénéficier d'aucune mesure d'adoucissement de l'interdiction professionnelle décidée par le tribunal de commerce, alors que tel est le cas pour les personnes visées aux articles 1er et 1erbis du même arrêté, faisant l'objet d'une interdiction prononcée par le juge pénal* », dont l'éventuelle mesure d'interdiction peut notamment faire l'objet d'un sursis ou d'une suspension du prononcé ou peut être inférieure à 3 ans s'il existe des circonstances atténuantes.

La doctrine en a déduit que l'inconstitutionnalité de ces dispositions de l'arrêté royal n° 22 les rendait inopérantes et qu'à défaut de condamnation pénale du chef de l'une des infractions visées à l'article 1er de l'arrêté royal n° 22, les faillis et dirigeants de sociétés ne pouvaient plus faire l'objet d'une mesure d'interdiction professionnelle.[68]

A la suite de ces deux arrêts, le législateur a modifié l'article 3*bis* de l'arrêté royal n° 22, en supprimant la durée minimale de 3 ans qui était prévue pour cette peine d'interdiction au § 4 de cette disposition.[69] L'auteur de cette modification considérait que, de cette manière, il était loisible au tribunal d'« *arguer de circonstances atténuantes pour imposer une interdiction professionnelle de moins de 3 ans, de la même manière que le juge pénal peut accorder un sursis ou admettre des circonstances atténuantes* ».[70]

Cette modification n'a cependant pas mis fin à l'inconstitutionnalité de l'article 3*bis* de l'arrêté royal n° 22. Dans un arrêt du 31 mai 2012, la Cour constitutionnelle constate à nouveau une violation des articles 10 et 11 de la Constitution vu « [l]*'absence d'une disposition législative qui permette de faire bénéficier les faillis d'une éventuelle mesure de sursis lorsqu'une interdiction professionnelle est prononcée par le tribunal de commerce* ».[71]

Cette succession d'arrêts de la Cour constitutionnelle a eu pour conséquence qu'en pratique les tribunaux de commerce ont rarement prononcé des peines d'interdiction contre des

64. *Ibid.*
65. Nous soulignons.
66. C.C., 12 juillet 2006, n° 119/2006, www.const-court.be/fr/common/home.html.
67. C.C., 22 novembre 2007, n° 144/2007, www.const-court.be/fr/common/home.html.
68. W. DAVID et J.-P. RENARD, « Les interdictions professionnelles et la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle », *J.L.M.B.*, 2008, p. 444, n° 4.
69. Loi du 28 avril 2009 modifiant l'article 3*bis*, § 4, de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités (*M.B.*, 29 mai 2009).
70. *Doc. parl.*, Sénat, 2008-2009, n° 4-787/2, p. 8.
71. C.C., 31 mai 2012, n° 70/2012, www.const-court.be/fr/common/home.html.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

faillis personnes physiques ou des dirigeants de société assimilés au failli.

W. David et J.-P. Renard ont souligné, à cet égard et à juste titre, que: « *Compte tenu de l'encombrement des parquets, et principalement de la section financière de ceux-ci quand ils en sont dotés et de l'encombrement des tribunaux qui aboutit souvent à ce que la prescription soit atteinte malgré les différentes mesures d'arrière-garde trouvées ces dernières années par le législateur, il nous paraît d'autant plus impératif que le législateur réexamine en profondeur l'ensemble de l'arrêté royal n° 22 pour permettre à nouveau au tribunal de commerce de retirer à de dangereux usagers de la route commerciale leur permis de conduire une entreprise, en combinant le louable objectif qui a présidé à l'adoption de l'arrêté royal n° 22 avec celui, non moins louable, du respect de notre loi fondamentale.* »[72]

L'importance de confier au tribunal de l'entreprise le pouvoir de prononcer des peines d'interdiction contre le failli personne physique et les personnes y assimilées a été prise en considération par les auteurs du Livre XX du CDE, lequel dispose désormais, en son article XX.229, § 1er, que: « *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.* »

Les travaux préparatoires précisent, à cet égard, que: « *Conformément à l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 (relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et aux faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités), la condamnation d'un administrateur (...) peut (...) être assortie d'une interdiction professionnelle pénale en matière d'administration d'une société d'une durée maximale de 10 ans. Dans de nombreux dossiers, de telles poursuites pénales ne sont toutefois pas entamées. Le ministère public ne souhaite pas toujours surcharger le rôle des audiences du tribunal pénal de ce genre de dossiers, d'autres dossiers étant considérés comme prioritaires. Qui plus est, une condamnation pénale est également lourde de conséquences. C'est ainsi que la mention de la condamnation dans le casier judiciaire peut entraver le condamné dans sa recherche d'un nouvel emploi.* »[73]

Pour répondre aux préoccupations manifestées par la Cour constitutionnelle au sujet de la discrimination existant avec les peines du même type pouvant être prononcées par le juge pénal, il a été prévu au § 6 de cette disposition que « [l]*e tribunal peut assortir l'interdiction d'un sursis pour une durée de trois ans ou suspendre le prononcé pour une même durée* ». L'*exposé des motifs* souligne, à ce sujet, que « [d]*ans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme estimerait que la déchéance est une sanction pénale, il a été estimé opportun d'introduire la possibilité d'une suspension du prononcé et d'une condamnation conditionnelle* ».[74]

Un champ d'application large est prévu aux dispositions du Livre XX du CDE relatives à l'interdiction.[75] L'article XX.229, § 3, du CDE précise en effet que: « *Pour l'application du présent article, sont assimilés au failli, les administrateurs et les gérants d'une personne morale déclarée en faillite, dont la démission n'aura pas été publiée un an au moins avant la déclaration de la faillite ainsi que toute personne qui, sans être administrateur ou gérant, aura effectivement détenu le pouvoir de gérer la personne morale déclarée en faillite.* » Le § 4 de cette disposition prévoit en outre que: « *Pour les personnes assimilées au failli en vertu du paragraphe 3, le tribunal qui a déclaré la faillite de la personne morale 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 de l'une de ces personnes a contribué à la faillite, interdire, par un jugement motivé, à cette personne d'exercer personnellement ou par interposition de personne, toutes fonctions conférant le pouvoir d'engager de telles personnes morales.* »

Le législateur entend également sanctionner le comportement des faillis et administrateurs de personnes morales qui ne collaborent pas avec le curateur et le juge-commissaire. Aux termes de l'article XX.229, § 2, du CDE, « [s]'*il apparaît que sans empêchement légitime, le failli ou les administrateurs et les gérants de la personne morale faillie ont omis d'exécuter les obligations prescrites par l'article XX.18*[76]*, le tribunal de l'insolvabilité de Bruxelles, si la faillite a été déclarée à l'étranger, peut, par jugement motivé, interdire à ces personnes d'exercer, personnellement ou par interposition de personne, les fonctions d'administrateur, de commissaire ou de gérant d'une personne morale, toute fonction qui*

72. W. DAVID et J.-P. RENARD, « Les interdictions professionnelles et la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle », *o.c.*, 2008, p. 444, n° 6.
73. *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/002, pp. 59-60.
74. *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 105.
75. Voy. aussi M. LEMAL, « La faillite (volume 2) », *G.U.J.E.*, Livre 189*bis*, 2019, pp. 44 et s., nos 2600 et s.; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 1507 et s.
76. Cet article comporte une erreur de numérotation, la disposition visée étant l'art. XX.146 CDE qui dispose que: « *Le failli ou les gérants et administrateurs de la personne morale faillie, se rendent à toutes les convocations qui leurs sont faites, soit par le juge-commissaire, soit par les curateurs et fournissent au juge-commissaire et aux curateurs tous les renseignements requis. Le failli ou les gérants et administrateurs de la personne morale faillie sont tenus d'aviser les curateurs de tout changement d'adresse ou de toute nouvelle adresse électronique. A défaut, les convocations sont censées valablement faites à la dernière adresse que l'intéressé a communiquée aux curateurs.* » Cette erreur de numérotation ressort des travaux préparatoires qui précisent, au sujet de la disposition visée par l'art. XX.229 CDE, que: « *Conformément à l'ancien article 53 de la loi sur les faillites, article XX.148 du projet de loi à l'examen* (devenu l'actuel art. XX.146 CDE)*, les administrateurs ou gérants sont tenus de collaborer avec un curateur. Ils doivent lui fournir tous les renseignements requis, notamment la comptabilité.* » (*Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/002, p. 59).

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

confère le pouvoir d'engager une personne morale, les fonctions de préposé à la gestion d'un établissement en Belgique visées à l'article 59 du Code des sociétés ou la profession d'agent de change ou d'agent de change correspondant. »
Les auteurs du Livre XX du CDE précisent, à cet égard, que: « *Cette sanction vise principalement à protéger la société contre des personnes (physiques et morales) qui ne veulent pas collaborer avec un curateur et qui démontrent ainsi qu'elles ne sont pas suffisamment dignes de confiance pour pouvoir d'emblée et de manière inconditionnelle à nouveau exploiter une société.* »[77]

Le tribunal[78] statue sur citation du ministère public ou de tout créancier resté impayé dans la faillite.[79] Il peut également statuer d'office lors de l'audience de clôture de la faillite.[80] Dans la mesure où il est prévu de sanctionner le défaut de collaboration avec le curateur, celui-ci devrait, à notre estime, en tant que représentant des créanciers, également pouvoir introduire une demande d'interdiction.

La durée de l'interdiction ne peut excéder 10 ans et est limitée à 3 ans lorsqu'elle est prononcée pour sanctionner le défaut de collaboration du failli ou de la personne y assimilée.[81]

La peine d'interdiction peut, par conséquent, être déclarée, contre:
- le failli personne physique ayant commis des fautes graves et caractérisées ayant contribué à sa faillite;
- les dirigeants d'une personne morale déclarée en faillite, dont la démission n'aura pas été publiée un an au moins avant la déclaration de la faillite, ayant commis des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite de la personne morale;
- toute personne qui, sans être administrateur ou gérant, a effectivement détenu le pouvoir de gérer la personne morale déclarée en faillite, ayant commis des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite de la personne morale;
- le failli personne physique ayant omis de se rendre aux convocations du juge-commissaire ou du curateur et de leur fournir tous les renseignements requis;
- les dirigeants d'une personne morale déclarée en faillite, dont la démission n'aura pas été publiée un an au moins avant la déclaration de la faillite, ayant omis de se rendre aux convocations du juge-commissaire ou du curateur et de leur fournir tous les renseignements requis sur la personne morale déclarée en faillite;
- toute personne qui, sans être administrateur ou gérant, a effectivement détenu le pouvoir de gérer la personne morale déclarée en faillite, ayant omis de se rendre aux convocations du juge-commissaire ou du curateur et de leur fournir tous les renseignements requis sur la personne morale déclarée en faillite.

Il résulte de ce qui précède qu'il est donc désormais possible d'entendre prononcer l'interdiction pour une personne d'exercer, personnellement ou par interposition de personne, toute fonction qui lui confère le pouvoir d'engager une personne morale ou la profession d'agent de change ou d'agent de change correspondant, et ce pour une période pouvant aller jusqu'à 10 ans:
- soit pour avoir commis des fautes graves et caractérisées ayant *contribué*[82] à la faillite;
- soit pour n'avoir pas collaboré avec le curateur et le juge-commissaire.[83]

Le législateur a ainsi réinstauré la possibilité pour le tribunal de l'entreprise de prononcer des peines d'interdiction, en en étendant et renforçant le régime applicable. Ce nouveau régime étant justifié par le fait que « [s]*'il est un très bon principe, l'entreprenariat de la seconde chance ne peut être un chèque en blanc* ».[84]

Lors de son intervention dans le cadre des travaux préparatoires, Febelfin s'est, à cet égard, réjouie du nouveau système mis en place, dont les « *articles mettent fins aux véritables abus* ».[85] Correctement appliquée, cette mesure est de nature à renforcer l'accès au crédit qui préoccupe les tenants de l'exclusion des dirigeants d'entreprise du champ du Livre XX du CDE.

16. Les effets de l'effacement. Sous le régime de l'excusabilité, l'article 82, alinéa 1er, de la L. faill. disposait que: « *Si le failli est déclaré excusable, il ne peut plus être poursuivi par ses créanciers.* »

Le législateur avait innové, par une loi du 4 septembre 2002[86], en prévoyant que la décision d'excusabilité avait

77. *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/002, p. 60.
78. Conformément à l'art. XX.229, § 1er, CDE, le tribunal compétent est 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.
79. Art. XX.230 CDE.
80. Art. XX.229, § 2, al. et XX.230 CDE.
81. Art. XX.229, § 5, CDE.
82. Le terme « *contribué* » est plus large que le terme « *causé* », ce qui implique que les fautes graves et caractérisées ne doivent pas nécessairement être la cause principale de la faillite, mais simplement un élément y ayant contribué.
83. Ceci a le mérite de constituer un nouveau moyen de pression efficace pour les curateurs qui peuvent désormais attirer l'attention des faillis et dirigeants d'entreprise sur le fait qu'outre qu'il est sanctionné par l'art. 489 C. pén., le défaut de réponse aux convocations et demandes du curateur et du juge-commissaire est susceptible d'entraîner une peine d'interdiction à leur charge pouvant être prononcée par le tribunal de l'insolvabilité, et non plus seulement par les juridictions répressives.
84. *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/002, p. 60.
85. *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/004, p. 97.
86. *M.B.*, 21 septembre 2002.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

pour effet d'éteindre les dettes du failli. Ce régime avait entraîné des difficultés sur la question du sort qu'il y avait lieu de réserver aux cautions du failli, l'extinction de la dette principale impliquant, en application de l'adage *accessorium sequitur principale*, la décharge de toutes les cautions, même celles faites sans contrepartie.[87]

Ceci avait donné lieu à un retour en arrière opéré par le législateur qui avait restauré le libellé originel de l'article 82, alinéa 1er, de la L. faill., par une loi du 20 juillet 2005.[88]

L'excusabilité n'avait, par conséquent, pas pour effet d'éteindre les dettes du failli, mais de faire obstacle à leur recouvrement par les créanciers, de sorte que si le débiteur payait une dette après la décision d'excusabilité, il ne pouvait pas exiger le remboursement de ce paiement.[89]

Le régime de l'effacement diffère, par essence, de celui de l'excusabilité, en ce qu'il consacre, pour les personnes physiques, un « *système par lequel les dettes résiduaires après liquidation des biens saisissables sont automatiquement effacées* ».[90]

L'article XX.173, § 1er, alinéa 1er, du CDE dispose, à cet égard, que: « *Si le failli est une personne physique, il sera libéré envers les créanciers du solde des dettes, sans préjudice des sûretés réelles données par le failli ou un tiers.* » L'article XX.175 du CDE précise, en outre, 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*. »

L'on s'interroge sur la portée de cet effacement, dès lors que s'il implique l'extinction de la dette principale, cette extinction devrait également entraîner la décharge automatique de toutes les sûretés garantissant cette créance.[91]

Au cours des travaux préparatoires, le ministre de la Justice a indiqué, à ce sujet, que « *l'effacement est en effet sans incidence sur les droits du titulaire de sûretés réelles données par le débiteur ou par un tiers. Dans ce sens, le titulaire de la sûreté réelle pourra continuer à réaliser celle-ci malgré l'effacement et le caractère généralement accessoire de la sûreté réelle. Cette garantie est nécessaire pour maintenir l'équilibre entre la protection du créancier et la nécessité de simplifier la relance* ».[92]

Il semble donc que nous soyons revenus au paradoxe, stigmatisé en son temps par E. Van de Haute en ce qui concerne les cautions consenties à titre onéreux, consistant à maintenir les effets de sûretés garantissant des dettes … qui n'existent plus.[93]

Comment le législateur justifie-t-il, en effet, que la dette principale soit éteinte par l'effet de l'effacement, tout en maintenant le droit pour les créanciers bénéficiant de sûretés de les exécuter en apurement de leur créance? La Cour constitutionnelle sera, sans doute, appelée à se prononcer sur cette aporie.

En tout état de cause, si le tribunal n'accorde pas l'effacement, les créanciers recouvrent leurs droits et peuvent obtenir un titre exécutoire et procéder à la mise en œuvre de celui-ci selon le droit commun de l'exécution forcée.[94]

17. Les exceptions à l'effacement. À l'instar de ce que prévoyait l'article 82, alinéa 3, de LF, en matière d'excusabilité, l'effacement est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute.[95]

C. La jurisprudence relative à l'article XX.173 du CDE

a. Un rappel de la philosophie nouvelle de l'effacement

18. Une philosophie nouvelle. La jurisprudence relative à l'article XX.173 du CDE met en exergue le changement de philosophie qu'emporte le nouveau régime. Les cours et tribunaux font souvent écho aux travaux préparatoires qui précisent que « *Le système d'effacement est profondément différent de celui de l'excusabilité. Il est en essence pour les personnes physiques, un système par lequel les dettes résiduaires après liquidation des biens saisissables sont automatiquement effacées* ».[96]

Ainsi dans une décision du 19 janvier 2021, le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division de Charleroi rappelle le

87. J. VAN DEN HAUTE, « Quelle excusabilité pour le conjoint du failli et pour la caution? Suite et fin? », *Div. Act.*, 2002, liv. 9, p. 146, n° 5.
88. *M.B.*, 28 juillet 2005.
89. M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 52-53, n° 64.
90. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/001, p. 97.
91. F. GEORGE, « La réforme de la faillite », *in Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 173-174, n° 26.
92. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/004, p. 47.
93. J. VAN DEN HAUTE, « Quelle excusabilité pour le conjoint du failli et pour la caution? Suite et fin? », *Div. Act.*, 2002, liv. 9, p. 146, n° 4.
94. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/001, p. 98.
95. Art. 174, al. 3, CDE. Il eut été judicieux de ne viser que les actes illicites, dès lors qu'un médecin, désormais susceptible d'être déclaré en faillite, pourrait notamment être débiteur de l'indemnisation d'un dommage causé dans le cadre de son activité professionnelle, qui, dans le libellé actuel de cette disposition, ne serait pas visé par l'effacement.
96. 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 Ier du Code de droit économique, *Doc. parl*., Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 97.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

principe évoqué ci-avant suivant lequel « *l'effacement est un droit. En principe, le failli voit le solde de ses dettes effacé de manière automatique. Il n'y a, en règle, aucun pouvoir d'appréciation du tribunal* ».[97]

b. La requête en effacement

19. Requête *sui generis*. Il n'est pas requis que la requête en effacement réponde aux conditions des articles 1025 et suivants du Code judiciaire, qui régissent la requête unilatérale.

L'exposé des motifs précise, en effet, au sujet de la demande en effacement 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 ».[98]

La cour d'appel d'Anvers a ainsi rejeté une demande tendant à entendre déclarer nulle une requête en effacement, au regard de l'article 1026 du Code judiciaire, en soulignant, à juste titre, dans un arrêt du 2 septembre 2021, que « La requête en effacement est une requête sui generis qui doit être vue dans le contexte de de l'objectif de faciliter l'effacement au profit du failli. La requête ne doit pas être motivée. ».[99]

c. Le délai d'introduction de la demande d'effacement

20. Position du problème. L'article 173, § 2, du CDE dispose que « *L'effacement est uniquement octroyé par le tribunal à la requête du failli, requête qu'il doit ajouter à son aveu de faillite ou déposer dans le registre* ***au plus tard trois mois***[100] *après la publication du jugement de faillite, même si la faillite est clôturée avant l'expiration du délai. La requête est notifiée par le greffier au curateur* ».

La doctrine s'est, à juste titre, rapidement interrogée sur la nature du délai de 3 mois.

Une majorité d'auteurs s'est prononcée en faveur d'un délai préfix[101] tandis qu'une frange plus isolée d'auteurs lui déniaient cette nature.[102]

21. Une jurisprudence majoritaire. Plusieurs cours d'appel se sont rapidement ralliées à la thèse du délai de forclusion.

Dans ses deux arrêts du 6 mai 2019[103] et du 3 juin 2019[104], la cour d'appel de Gand considère que la mention explicite de la sanction de déchéance dans la loi n'est pas nécessaire. En juger autrement, estime la cour, méconnaîtrait une disposition légale claire et retarderait le règlement de la procédure de faillite.

La cour d'appel de Bruxelles lui a emboîté le pas dans un arrêt du 19 décembre 2019 à l'occasion duquel elle a décidé que: « *La volonté du législateur de prévoir un délai de forclusion ne fait pas de doute. Dans les travaux préparatoires, il est, en effet, indiqué que si l'effacement de la dette 'n'est pas demandé dans l'aveu de 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' (Doc. parl., Chambre, n° 54-2407/001, p. 89; termes soulignés par la cour).* » La cour ajoute, à l'appui de sa décision, que: « *Le droit belge connaît nombre de délais, considérés comme prescrits à peine de forclusion alors que le texte légal ne le mentionne pas (cf. A. DECROES, « Les délais préfix (ou de forclusion) », J.T., 2007, pp. 871-874).* » et conclut que: « *C'est dès lors à juste titre que le premier juge a qualifié le délai de 3 mois de préfix.* »[105]

A la faveur de cette jurisprudence, d'aucuns ont cru la controverse vidée.

C'était toutefois sans compter la question préjudicielle posée à la Cour constitutionnelle par le tribunal de l'entreprise d'Anvers, division Tongres, dans son jugement du 4 février 2020 en ces termes:

« *L'article XX.173, § 2, du Code de droit économique viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, dans l'interprétation selon laquelle le délai de 3 mois après la publication du jugement de faillite pour introduire une requête en effacement est un délai de forclusion, en ce que le failli-personne physique qui n'introduit pas une requête en effacement en temps utile perd, de ce fait, irrévocablement et intégralement le droit à l'effacement, contrairement au failli-personne physique qui introduit une requête en effacement en temps utile et qui (à défaut d'opposition formée conformément à*

97. Entr. Hainaut (div. Charleroi), 19 janvier 2021, R.G. nos 0/18/00327, N/20/00013, N/20/00075, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1170.
98. *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 89
99. Anvers, 2 septembre 2021, *inédit*, R.G. 2021/AR/36
100. Nous soulignons.
101. Y. GODFROID, « La liquidation des entreprises en difficulté », *in Les réformes du droit économique: premières applications*, C.U.P., 2019, p. 149; D. PASTEGER, « De l'excusabilité à l'effacement: le point sur les mécanismes de fresh start et de décharge des cautions dans le Livre XX du Code de droit économique », *R.D.C.*, 2018, p. 268; N. OUCHINSKY, « Les innovations du Livre XX du Code de droit économique en matière de faillite. Questions choisies », *in Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 547.
102. W. DERIJCKE, « De l'excusabilité du failli à l'effacement de ses dettes », *in La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 222; A. HENDERICKS et G. PIRARD, « Effacement des dettes versus excusabilité du failli – Contestation des tiers – Effacement partiel », *J.L.M.B.*, 2019, p. 1455.
103. Gand, 6 mai 2019, *T.I.B.R.*, 2020, p. 3.
104. Gand, 3 juin 2019, *R.D.C.*, 2020, p. 783.
105. Bruxelles, 19 décembre 2019, *J.L.M.B.*, 2021, p. 335.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

l'art. XX.173, § 3, du Code de droit économique) obtiendra l'effacement automatique et sans que le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation à cet égard? »[106]

22. Un arrêt qui rétablit le nouveau départ comme un droit. La Cour constitutionnelle a répondu par l'affirmative à la question préjudicielle qui lui a été posée par le tribunal de l'entreprise d'Anvers, division Tongres, par un arrêt du 22 avril 2021.[107]

Dans cet arrêt, la Haute Juridiction rappelle, jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'appui, que le droit d'accès au juge qui constitue un aspect du droit au procès équitable peut être soumis à des conditions de recevabilité qui ne peuvent cependant aboutir à restreindre le droit de manière telle que celui-ci s'en trouve atteint dans sa substance.[108] Les restrictions imposées doivent donc tendre vers un but légitime tandis qu'il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Bien que les règles relatives aux délais de recours visent à assurer une bonne administration de la justice et à écarter les risques d'insécurité juridique, elles ne peuvent, nous rappelle la Cour, empêcher les justiciables de se prévaloir des voies de recours disponibles.

La Cour énonce ensuite le principe selon lequel la différence de traitement entre les personnes qui exercent leurs droits dans le délai de forclusion applicable et celles qui ne le font pas n'est pas discriminatoire en soi. Une discrimination ne peut en réalité être retenue que si l'application du délai de forclusion entraîne une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées.

Pour opérer cette vérification, la Cour constate tout d'abord que les travaux préparatoires ne mentionnent pas l'existence d'un délai de forclusion, ni les raisons qui pourraient justifier une telle solution. La Cour souligne par ailleurs que « *le législateur ne tient pas compte de ce que la nécessité de cet effacement pourrait seulement apparaître plus tard* ».[109]

La Cour s'attache alors à l'examen de l'objectif essentiel poursuivi par le législateur qui consiste à promouvoir l'entreprenariat de la seconde chance. Ce dernier est compromis par la disposition en cause qui impose une formalité sous peine de déchéance.[110]

De surcroît, le délai de forclusion en cause ne pourrait être considéré comme une mesure pertinente en vue du règlement rapide de la faillite. La Cour pointe en effet du doigt l'absence d'incidence du moment auquel le failli demande l'effacement sur la gestion de la masse, sur la déclaration et vérification des créances, sur les droits des tiers de s'opposer à l'effacement, …[111]

La Cour considère que « *le dépassement du délai de forclusion en cause produit des effets disproportionnés pour le failli-personne physique qui perd de ce fait toute possibilité qu'un juge se prononce sur l'effacement du solde de ses dettes et qui doit dès lors irrévocablement continuer à supporter sur l'ensemble de son patrimoine les dettes qui n'ont pas été réglées par la liquidation de la masse* »[112] tandis que: « *La disposition en cause a également des effets disproportionnés pour le conjoint, l'ex-conjoint, le cohabitant légal ou l'ex-cohabitant légal du failli qui est obligé personnellement à la dette contractée par le failli du temps du mariage ou de la cohabitation légale.* »[113]

Cette jurisprudence modifie, par conséquent, les conditions de recevabilité de la requête d'effacement, qui ne doit, désormais, plus être introduite dans les 3 mois de la publication du jugement déclaratif de faillite.

Dans son jugement du 15 juin 2021[114], le tribunal de l'entreprise d'Anvers, division Anvers, se conforme en tout point à la jurisprudence de la Haute Juridiction. Se fondant sur l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle, le tribunal de l'entreprise considère la demande d'effacement introduite par le failli après l'écoulement du délai de 3 mois recevable et octroie l'effacement à ce dernier conformément à l'article XX.173 du CDE.

En sanctionnant le caractère préfix du délai prévu par le législateur pour l'introduction de la demande d'effacement, la Cour constitutionnelle fait un premier pas vers le rétablissement du droit au nouveau départ voulu par le législateur européen et les auteurs du Livre XX du CDE, que les atermoiements des parlementaires, trop empreints de la conception infamante de la faillite héritée de l'antiquité, avait réduit à peau de chagrin.

106. Entr. Anvers (div. Tongres), 4 février 2020.
107. C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, www.const-court.be.
108. C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, B.4.1., www.const-court.be.
109. C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, B.5.1., www.const-court.be.
110. C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, B.5.2., www.const-court.be.
111. C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, B.5.3., www.const-court.be.
112. C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, B.5.4., www.const-court.be.
113. C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, B.5.5., www.const-court.be.
114. Entr. Anvers (div. Anvers), 15 juin 2021, R.G. O/19/01476, *inédit*.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

d. Les balises à l'effacement: la requête en refus d'effacement en cas d'existence de fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite

23. La faculté pour les tiers intéressés de s'opposer à l'effacement. La faculté offerte aux tiers intéressés à l'article XX.173, § 3[115], de s'opposer à l'effacement, soit totalement soit partiellement, participe d'une volonté de limiter les abus auxquels pourrait donner lieu un régime de l'effacement trop permissif.

La jurisprudence relative à l'identification de fautes graves et caractérisées est abondante.

Le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Charleroi, a rappelé, à ce sujet, dans un jugement du 19 janvier 2021, que: « *L'expression faute grave et caractérisée signifie que l'acte doit pouvoir être perçu par tous comme fautif et que cette faute, que n'aurait pas commise le dirigeant raisonnablement prudent et diligent, heurte des normes essentielles de la vie en société. L'article XX.173 exige que les fautes graves et caractérisées aient contribué à la faillite. En utilisant le mot 'contribuer' ('bijdragen tot'), le législateur a indiqué que* ***le juge pouvait remonter dans la chaîne des antécédents et ne devait pas se borner à rechercher si la faute grave et caractérisée avait été la cause décisive de la faillite.*** »[116,117]

Les manquements postérieurs à la faillite, tels que la mauvaise collaboration du faillite, n'ont, quant à eux, pas vocation à être invoqués comme motifs justifiant un refus de l'effacement vu les termes employés à l'article XX.173 du CDE (« contribuer à »).[118]

Les conditions de l'effacement renvoient directement à celles qui prévalaient en matière d'excusabilité à savoir l'absence de « *faute grave ayant contribué à la faillite* ».[119]

A titre d'illustration, le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Charleroi, a jugé, dans sa décision précitée du 19 janvier 2021, que « *le fait d'accumuler d'importantes dettes fiscales et sociales pendant plusieurs années et, de ce fait, améliorer* [son] *train de vie au détriment de la collectivité, constitue une faute grave et caractérisée* ».[120]

Les tribunaux doivent, néanmoins, garder à l'œil le nécessaire équilibre qui doit exister entre la sanction de la faute grave et caractérisée du failli et la nécessaire réhabilitation de celui-ci, au risque de le pousser dans la clandestinité.

C'est d'ailleurs à ce titre que le législateur a prévu la possibilité d'un refus partiel d'effacement, de manière à ne pas verser dans le « tout ou rien ».

Dans sa décision précitée, le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Charleroi, a veillé à respecter l'objectif de réhabilitation du failli, en décidant, après avoir constaté que la faillie n'avait plus de revenu et dépendait de ceux de son mari, que:

« *Le passif de la faillite s'élevant, selon le rapport du curateur déposé le 2 décembre 2019, à environ 140.000,00 EUR, un refus total d'effacement imposerait à madame XXX de consacrer une part importante de ses revenus au remboursement de ses dettes pendant de très (trop) nombreuses années. Il apparaît dès lors plus équitable et conforme aux objectifs de la loi de lui accorder l'effacement partiel.*

La demande d'effacement étant mue par le ministère public dans l'intérêt général, il ne semble pas opportun d'accorder le bénéfice de l'effacement à madame XXX pour certaines de ses dettes et de le lui refuser pour d'autres. Le plus conforme au principe d'égalité des créanciers est que l'effacement partiel aboutisse à ce que chaque créance soit réduite dans une proportion équivalente.

Eu égard aux montants respectifs du passif de la faillite et des revenus de madame XXX, il y a lieu de réduire l'ensemble des dettes admises au passif de la faillite de cette dernière de 75%. »[121]

24. Le ministère public qui s'oppose à l'effacement sur pied de l'article XX.173, § 3, du CDE devient partie à la cause. Les demandes en déclaration de faillite, en report de la date de cessation de paiement et en clôture de faillite doivent, suivant l'article 764, alinéa 1er, 8°, du Code judiciaire, être communiquées au ministère public, à peine de nullité.

Même lorsque la cause est obligatoirement communicable au ministère public, celui-ci ne doit pas nécessairement ren-

115. « Tout intéressé, en ce compris le curateur ou le ministère public peut, par requête communiquée au failli par le greffier, à partir de la publication du jugement de faillite, demander que l'effacement ne soit accordé que partiellement ou refusé totalement par décision motivée, si le débiteur a commis des fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite. La même demande peut être introduite par le biais d'une tierce opposition par requête au plus tard trois mois à compter de la publication du jugement accordant l'effacement.
Lorsque le failli est un titulaire d'une profession libérale, le greffier notifie à son organe disciplinaire une copie du jugement accordant partiellement ou refusant entièrement l'effacement. »

116. Entr. Hainaut (div. Charleroi), 19 janvier 2021, R.G. nos O/18/00327, N/20/00013, N/20/00075, *inédit*.

117. Nous soulignons.

118. Entr. Anvers, 12 juillet 2018, *R.D.C.*, 2020, p. 797; D. PASTEGER et P. VANDEWEYER, « Examen de jurisprudence en matière d'effacement (et d'excusabilité): exorde (et épilogue) », *R.D.C.*, 2020, pp. 751 et s.

119. Entr. Hainaut (div. Tournai), 8 décembre 2020, R.G. n° O/20/00068, *inédit*.

120. Entr. Hainaut (div. Charleroi), 19 janvier 2021, R.G. nos O/18/00327, N/20/00013, N/20/00075, *inédit*. Voy. en ce sens également Anvers, 2 septembre 2021, *inédit*, R.G. 2021/AR/36.

121. Entr. Hainaut (div. Charleroi), 19 janvier 2021, R.G. nos O/18/00327, N/20/00013, N/20/00075, *inédit*. Voy. pour une autre décision prononçant un effacement partiel, Entr. fr. Bruxelles, 17 septembre 2021, RG n° 21/0047, *inédit*.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

dre un avis.[122] L'article 764, alinéa 3, du Code judiciaire dispose en effet que: « *Le ministère public émet son avis dans la forme la plus appropriée lorsqu'il le juge convenable.* » L'article 764, alinéa 5, du Code judiciaire prévoit également que: « *Le collège des procureurs généraux arrête des directives précisant dans quelles affaires visées à l'alinéa 1er un avis sera rendu. Ces directives sont contraignantes pour tous les membres du ministère public. Les procureurs généraux près les cours d'appel veillent à l'exécution de ces directives au sein de leur ressort.* » En application de cette disposition, le collège des procureurs généraux a adopté une circulaire n° 13/2015 du 10 décembre 2015, dans laquelle l'effacement et la clôture de la faillite ont été classés dans la catégorie des matières dans lesquelles le ministère public apprécie l'opportunité de son intervention.

Le fait de rendre un avis à l'audience fixée pour entendre statuer sur l'effacement du failli ne donne cependant pas au ministère public la qualité de partie à la cause. L'article XX.4, alinéa 1, du CDE précise, en effet, qu'« *A défaut d'une intervention, telle que prévue à l'article 813 du Code judiciaire, celui qui, à son initiative ou à celle du tribunal, est entendu ou dépose un écrit pour faire valoir des observations, formuler une demande ou articuler des moyens, n'acquiert pas de ce seul fait la qualité de partie.* »

Lorsque le ministère public dépose une requête en refus d'effacement, celui-ci acquiert cependant la qualité de partie à la cause comme partie intervenante, conformément au prescrit de l'article 813 du Code judiciaire.

La cour d'appel de Liège a rappelé ce principe dans un arrêt du 29 juin 2021[123], dans lequel elle a déclaré irrecevable l'appel interjeté contre un jugement de refus d'effacement rendu sur requête du ministère public, après avoir constaté que:

« *Dans le cadre de la procédure d'effacement, le litige est indivisible entre les parties à la cause dès lors que l'exécution conjointe des décisions distinctes auxquelles il donnerait lieu serait matériellement impossible. En outre, l'intérêt du ministère public est opposé à celui de l'appelant.*

(...)

Dans le délai légal d'appel d'un mois à dater de la notification, le ministère public n'a pas été intimé, et il n'a pas davantage été mis à la cause avant la clôture des débats par l'appelant dans ce même délai.

La circonstance selon laquelle la cause a été communiquée au ministère public sur pied de l'article 764 du Code judiciaire n'a pas pour effet de suppléer aux formalités requises par les dispositions de l'article 1053 du Code judiciaire.

La mention dans les motifs de la requête d'appel de l'opposition et de moyens du ministère public formulés en instance à l'encontre de la demande d'effacement, sans l'identifier comme partie, n'a pas davantage pour effet de l'intimer valablement. »

25. Les abus en matière d'effacement. Les cours et tribunaux ont, par ailleurs, enserré le mécanisme de l'effacement dans certaines limites en recourant à la théorie de l'abus de droit et à la fraude à la loi.

Certaines juridictions sanctionnent, ainsi, l'adoption fictive du statut d'entreprise, en refusant d'emblée de faire droit aux aveux de faillite introduits pour bénéficier du régime de l'effacement. Le tribunal de l'entreprise de Gand, division Gand, saisi d'une tierce opposition introduite par le curateur, a ainsi réformé un jugement déclaratif de faillite en considérant que: « *Le tribunal ne peut que déduire de ces éléments que le débiteur n'a exercé aucune activité à titre indépendant depuis la faillite de sa société (en juin 2018) et que la réactivation de son numéro de TVA n'a été faite qu'en vue de la possibilité de déposer une faillite personnelle alors qu'il se trouvait à l'époque dans une procédure de règlement collectif de dettes. En d'autres termes, il s'agit d'un abus*. »[124,125]

D'autres juridictions ont refusé d'accorder l'effacement à des personnes physiques ayant été reconnues comme entreprises, après avoir constaté que l'adoption de ce statut l'avait été dans un état avéré d'endettement, uniquement pour pouvoir bénéficier du régime de l'effacement. Dans un jugement du 11 septembre 2020[126], le tribunal de l'entreprise de Liège, division Neufchâteau, a ainsi refusé d'accorder l'effacement à un failli, en stigmatisant dans son chef un abus de droit assimilable à une faute grave et caractérisée à l'origine de la faillite, en ces termes:

« *(...)* [S]*on inscription à la BCE pour une activité complémentaire d'indépendant ayant généré un chiffre d'affaires de 1.680 EUR sur une période de 8 mois, alors qu'il perçoit un revenu net de salarié de 3.500 EUR par mois, suivie d'un aveu de faillite après cette période, constitue clairement une manœuvre destinée à obtenir l'effacement des importantes*

122. G. DE LEVAL et H. BOULARBAH, *Droit judiciaire*, t. 2, *Procédure civile*, vol. 1, *Principes directeurs du procès civil. Compétence – Action – Instance – Jugement*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 878, n° 8.5.
123. Liège, 29 juin 2021, R.G. n° 2020/RG/879, *inédit*.
124. Entr. Gand (div. Gand), 6 octobre 2020, R.G. n° O/20/00368, *inédit*.
125. Traduction libre de: « *Uit al deze objectieve elementen kan de rechtbank enkel concluderen dat de gefailleerde sinds het faillissement van zijn vennootschap op zelfstandige basis (in juni 2018) geen activiteiten meer heeft ontplooid en dat het heractiveren van zijn btw-nummer enkel is gebeurd met het oog op de mogelijkheid tot het aanvragen van zijn persoonlijk faillissement terwijl hij op dat ogenblik in een procedure collectieve schuldbemiddeling zat. Er is hier m.a.w. sprake van misbruik.* »
126. Entr. Liège (div. Neufchâteau), 11 septembre 2020, R.G. nos O/19/00124, N/20/00091, *inédit*.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

dettes nées avant le début d'activité et totalement étrangères à celle-ci.

Il s'agit d'un abus de droit, voire d'une fraude à la loi, d'autant que le failli a déclaré n'avoir aucun actif (cf. inventaire PV de carence).

Le failli ne pouvait ignorer à la date de son inscription à la BCE, soit le 1er novembre 2018, que sa faillite était inéluctable, les revenus de sa maigre activité d'indépendant ne pouvant servir à apurer le passif préexistant.

C'est à tort que le failli prétend n'avoir commis aucune faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite. En effet, il est manifeste qu'une activité complémentaire d'indépendant générant un revenu de 250 EUR par mois ne pouvait suffire à apurer une dette d'environ 300.000 EUR.

En réalité, l'état de faillite existait dès la première journée d'activité.

Constitue ainsi la faute grave et caractérisée le comportement du failli qui entame une activité complémentaire d'indépendant, sachant que sa situation financière révélait déjà un état de faillite et que les revenus espérés ne pourraient en aucun cas modifier cet état.

En l'espèce, si le failli use d'un droit qui lui est reconnu par la loi, cet usage est abusif, l'avantage procuré étant hors de proportion avec le préjudice causé à autrui (P. MARCHAL, Principes généraux du droit, Bruylant, 2014, pp. 242 et s.).

Le failli a ainsi commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, ne s'étant pas comporté comme un dirigeant raisonnablement prudent et diligent en entamant une activité irrémédiablement vouée à l'échec dès le début ».[127]

e. Le pouvoir d'interdiction du tribunal[128]

26. Les mesures d'interdiction. Les tribunaux ont également été amenés à faire application de la prérogative qui figure désormais à l'article XX.229 du CDE d'interdire une personne déclarée en faillite d'exploiter une entreprise s'il est établi qu'elle a commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite.

Dans un jugement du 12 janvier 2021[129], le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Tournai, a ainsi décidé qu'« *Eu égard à la gravité des fautes mises en exergue à charge de Mr. B., notamment avoir prêté son nom comme homme de paille et avoir couvert un total défaut de comptabilité, et compte tenu du nombre des insolvabilités impliquant Mr. B. à titre personnel ou comme dirigeant d'entreprises, le tribunal dira la demande fondée dans son principe et prononcera une interdiction de 6 années* ».

On peut encore épingler deux jugements rendus respectivement par le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Mons, le 8 février 2021[130] et le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Tournai, le 8 décembre 2020[131], aux termes desquels il est précisé que: « *La jurisprudence considère que la notion de faute grave et caractérisée en matière d'interdiction est plus large qu'en matière d'effacement. En effet dans le cadre de l'interdiction, l'existence d'une ou plusieurs fautes antérieures peut être considérée comme un facteur aggravant des fautes qui entachent la gestion dans le cadre de la dernière faillite; cette multiplicité de faillites témoigne de ce que l'opérateur économique concerné a fait preuve dans le cours de son activité économique d'une absence de discernement et d'une inconscience inexcusable* ». Le tribunal du Hainaut se rallie ainsi en tout point à la doctrine qui énonce que: « *Il a paru opportun au législateur de sanctionner la pratique des dirigeants de société qui n'ont cure du sort des créanciers et refont une société dès que la faillite de la société qui leur appartenait est prononcée* ».[132]

f. Les questions en suspens

27. Quelques réflexions parmi tant d'autres. L'effacement est encore loin d'avoir révélé toutes ses subtilités.

En marge de la notion même d'effacement[133] qui demeure étrangère à notre droit des obligations, de nombreuses questions restent en suspens.[134]

Nous en épinglons ci-après quelques-unes parmi d'autres.

28. L'effacement et les dettes de la masse. Sous le régime de l'excusabilité, après la clôture de la faillite, le

127. Voy. en ce sens également Anvers 2 septembre 2021, *inédit*, R.G. 2021/AR/36.

128. Voy. aussi le numéro 26/2021 de la *J.L.M.B.* consacré à l'effacement et à l'interdiction professionnelle et plus spécifiquement, Entr. Liège, (div. Namur), 18 avril 2019, *J.L.M.B.*, 2021/26, p. 1158; Liège, 28 avril 2020, *J.L.M.B.*, 2021/26, p. 1156; Entr. Hainaut, (div. Mons), 08 février 2021, *J.L.M.B.*, 2021/26, p. 1174 avec la note de D. PASTEGER, et F. DEMONCEAU, « Le retour des interdictions professionnelles prononcées par le tribunal de l'entreprise (article XX.229 du C.D.E.): vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage », *J.L.M.B.*, 2021/26, p. 1178-1195.

129. Entr. Hainaut (div. Tournai), 12 janvier 2021, R.G. n° 0/20/00140, *inédit*.

130. Entr. Hainaut (div. Mons), 8 février 2021, R.G. n° 0/19/00243, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1174.

131. Entr. Hainaut (div. Tournai), 8 décembre 2020, RG n° 0/20/00068, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1167.

132. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité*, Liège, Kluwer, 2019, p. 1482, n° 2022.

133. La notion semble renvoyer à une extinction de la dette sans toutefois que le sort des sûretés personnelles n'en soit affecté, ce qui reste curieux. On peut également s'interroger sur le sort à réserver à un paiement volontaire.

134. On pense notamment à la portée à conférer à l'art. I.22, 2°, qui définit le solde de dettes lequel bénéficiera de l'effacement, comme « les dettes demeurant impayées à la fin de la procédure d'insolvabilité » ou au sort des dettes de responsabilité qui incombent aux dirigeants de sociétés lorsque, après la mise en faillite de ces sociétés, ce sont les dirigeants eux-mêmes qui sollicitent leur admission à la faillite.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

failli demeurait personnellement tenu de payer les dettes de la masse non couvertes par l'actif de la faillite[135] et ce indépendamment d'une éventuelle excusabilité prononcée en sa faveur.[136]

La Cour de cassation a, en effet, jugé, dans un arrêt du 5 octobre 2007: « [L]*es dettes de la masse, nées par hypothèse après le jugement déclaratif de faillite, ne sont pas affectées par la déclaration d'excusabilité.* »[137]

Si le même raisonnement devait s'appliquer *mutatis mutandis* au régime de l'effacement, celui-ci pourrait compromettre le nouveau départ du débiteur.

En outre, étant donné que les dettes de la masse sont souvent indépendantes de la volonté du failli, les mettre à charge, après la clôture de la faillite, du débiteur personne physique qui a obtenu l'effacement pourrait heurter l'équité.

29. L'effacement et les astreintes. Suivant l'article 1385*sexies* du Code judiciaire: « *L'astreinte ne peut être encourue pendant la faillite du condamné. Les astreintes encourues avant le jugement déclaratif ne sont pas admises au passif de la faillite.* » D'apparence assez simple, cette disposition occulte, en réalité, des questions plus épineuses.

Ainsi, une société dont le passif serait composé principalement d'astreintes pourrait, au moment de l'appréciation des conditions de la faillite, faire l'objet d'un jugement déclaratif de faillite, tout en sachant qu'à la clôture cette faillite sera bénéficiaire dès lors que les astreintes ne pourraient être admises au passif de la faillite. La société échapperait ainsi *in fine* au paiement des astreintes tandis que les actionnaires pourraient, en vertu de l'article XX.170 du CDE bénéficier du solde positif.

Le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Tournai, a été saisi de la délicate articulation entre le bénéfice de l'excusabilité et de l'article 1385*sexies* du Code judiciaire.[138]

Dans son jugement du 17 mai 2021[139], le tribunal revient sur les raisons qui justifient l'exclusion des astreintes encourues avant le jugement déclaratif de faillite. Les dispositions insérées dans le Code judiciaire sont, comme le souligne le tribunal, mues par « *des considérations d'équité à l'égard des autres créanciers, qui verraient le montant qui leur est attribué dans le cadre des distributions réduit par l'admission des astreintes au passif de la faillite: 'il n'est pas équitable de faire subir un dommage aux autres créanciers en raison de l'obstination du condamné qui préfère devenir débiteur d'un montant élevé d'astreinte au lieu d'exécuter une obligation principale beaucoup moins lourde'* ».

L'*exposé des motifs* de la Convention Benelux portant loi uniforme relative à l'astreinte, reproduit par le tribunal précise, à l'endroit de l'article 1385*sexies* du Code judiciaire, que:

« *La disposition du premier alinéa sort ses effets dès le moment de la déclaration de la faillite et jusqu'au moment où la faillite prend fin, pour quelque cause que ce soit. Sans doute, après cela, le débiteur peut-il à nouveau encourir une astreinte, mais même alors aucun paiement ne peut être exigé pour des astreintes qui auraient été encourues pendant la liquidation de la faillite, puisque pendant ce temps, aucune astreinte ne peut être encourue.*

Il résulte du principe de l'alinéa 2, non seulement qu'une créance pour une astreinte encourue avant le jugement déclaratif ne peut pas être produite pendant la durée de la faillite, mais aussi qu'aucun dividende ne peut être attribué à son titulaire et que cette créance n'est pas non plus prise en considération dans le cas d'un concordat survenu pendant la faillite. Il permet toutefois que soient exécutées après la fin de la faillite, des astreintes encourues avant le jugement déclaratif […] »

Lorsque la faillite est bénéficiaire, la solution prônée par l'*exposé des motifs* fait débat au regard de l'article 79 de la L. faill. (art. XX.170 CDE) qui prévoit que le solde positif revient au failli.[140]

Ainsi, dans un premier temps, le tribunal pose à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

« *L'article 1385sexies du Code judiciaire, en ce qu'il dispose que 'les astreintes encourues avant le jugement déclaratif ne sont pas admises au passif de la faillite', lu conjointement avec l'article 79 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites qui prévoit que 'lorsque le compte définitif présente un solde positif, celui-ci revient de droit au failli' entraîne-t-il une discrimination entre le créancier des astreintes et les autres créanciers chirographaires, d'une part, et entre le créancier des astreintes et le débiteur failli, d'autre part et, partant, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, dès lors qu'à la clôture de la faillite, l'actif subsistant après désintéressement des créanciers autres que le créancier*

135. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 321, n° 2779.
136. M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 131, n° 166.
137. Cass., 5 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 15.
138. En l'espèce, c'est en effet la loi du 8 août 1997 qui trouvait encore à s'appliquer.
139. Entr. Hainaut (div. Tournai), 17 mai 2021, R.G. n° V/20/00001, *inédit*.
140. L'art. XX.170 CDE dispose désormais que: « *Lorsque toutes les contestations relatives aux créances sont clôturées et que la liquidation de la faillite est terminée, les créanciers et le failli sont convoqués par les curateurs, après vérification et approbation des comptes des curateurs, sur ordonnance du juge-commissaire qui en fixe la date, l'heure et le lieu. Le compte simplifié des curateurs reprenant le montant de l'actif, les frais et honoraires des curateurs, les dettes de la masse et la répartition aux différentes catégories de créanciers, est joint à cette convocation. Il est également joint au dossier de la faillite. Dans cette assemblée, le compte est débattu et arrêté. Le reliquat du compte fait l'objet de la dernière répartition. En cas de solde positif, celui-ci revient de droit au failli ou, s'il s'agit d'une personne morale, aux actionnaires.* »

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

d'astreintes reviendrait au débiteur failli, et non pas à son créancier d'astreintes? »

Il convient encore, dans un second temps, de combiner ces articles avec la mesure d'excusabilité (remplacée désormais par la mesure d'effacement) qui, comme le souligne à juste titre le tribunal, « *s'applique au créancier des astreintes, quand bien même celles-ci ne sont pas admises au passif de la faillite. On enseigne en effet que 'l'excusabilité porte sur toutes les dettes civiles et commerciales existant au jour de la faillite. Il importe peu que le créancier ait introduit ou non sa déclaration de créance*[141] ». Ainsi, dans un second temps, si la réponse à la première question posée devait s'avérer négative, le tribunal invite la Cour constitutionnelle à répondre à la seconde question suivante:

« *Les articles 79 et 80 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, en ce qu'ils ne prévoient pas que le créancier d'astreintes soit entendu sur la mesure d'excusabilité du failli ou qu'il puisse donner son avis sur celle-ci entraînent-ils une discrimination entre le créancier des astreintes et les autres créanciers chirographaires, d'une part, et entre le créancier des astreintes et le débiteur failli, d'autre part et, partant, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution?* »

Mêmes si ces deux questions ont été posées au sujet du régime de l'excusabilité, elles se posent aussi dans le régime de l'effacement, dès lors qu'elles ont dans celui-ci exactement la même incidence.

30. L'effacement et l'obligation de restitution de somme. Suivant l'article 1398, alinéa 1er, du Code judiciaire: « *L'exécution provisoire du jugement n'a lieu qu'aux risques et périls de la partie qui la poursuit.* » Il résulte de cette disposition que si la partie qui exécute un jugement exécutoire par provision succombe en degré d'appel, celle-ci devient débitrice de l'obligation de restitution des sommes obtenues dans le cadre de l'exécution provisoire.

Cette obligation de restitution de somme est-elle couverte par l'effacement?

Dans une espèce où une partie avait poursuivi l'exécution d'un jugement avant d'être déclarée en faillite, la cour d'appel de Bruxelles avait considéré que l'obligation de restitution, fondée sur l'article 1398, alinéa 1er, du Code judiciaire, ne naissait qu'au moment de la réalisation du risque c'est-à-dire en cas de réformation du titre sur la base duquel l'exécution a été poursuivie. Pour la cour d'appel, l'effacement était donc sans effet sur la créance de restitution, dès lors que celle-ci est née au jour de la prononciation de l'arrêt réformant le jugement dont l'exécution a été poursuivie.

Cette décision a été soumise à la censure de la Cour de cassation qui l'a cassée, par un arrêt du 18 mars 2021[142], en considérant que: « *L'obligation, pour cette partie, de restituer les sommes obtenues naît de l'exécution, même si cette obligation ne devient exigible que par la réformation du jugement. Il suit de la combinaison de ces dispositions que, si le failli a poursuivi l'exécution d'un jugement avant l'ouverture de sa faillite, il est libéré, par l'effet de l'effacement, du solde de sa dette de restitution en cas de réformation ultérieure de ce jugement.* »

D. La directive sur les cadres de restructuration préventive[143,144]

31. Les objectifs poursuivis au niveau européen. La directive n° 2019/1023 adoptée sur le fondement de l'article 114 du TFUE a pour objectif déclaré de « *contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et de lever les obstacles à la libre circulation des capitaux ainsi qu'à la liberté d'établissement par l'harmonisation des législations et procédures nationales en matière de restructuration préventive, d'insolvabilité et de remise de dettes* ».[145] Elle « *vise à lever de tels obstacles en garantissant que les entreprises viables et les entrepreneurs en difficulté financière ont accès à des cadres de restructuration préventive efficaces au niveau national, qui leur permettent de poursuivre leurs activités; que* ***les entrepreneurs honnêtes insolvables ou surendettés peuvent bénéficier d'une remise de dettes totale au terme d'un délai raisonnable, ce qui leur offrirait une seconde chance****; et que l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes est améliorée, notamment afin de raccourcir leur durée* ».[146,147]

D'emblée, on constate que les remises de dettes et déchéances sont au cœur des préoccupations exprimées par législateur européen.

Le rebond du débiteur est, en réalité, abordé sous différents prismes sur lesquels nous revenons successivement.

---

141. B. INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée: l'excusabilité », *R.D.C.*, 2007/4, p. 314, n° 21. L'effacement prévu par l'art. XX.173 CDE porte également « sur toutes les dettes généralement quelconques que le failli pouvait avoir au jour de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, pour autant qu'elles soient nées avant celle-ci […], qu'elles aient ou non fait l'objet d'une déclaration de créance (I. VEROUGSTRAETE ET AL., *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Kluwer, 2019, pp. 1211 – 1212, n° 1718).
142. Cass., 18 mars 2021, https:juportal.be/home/accueil.
143. Directive n° UE 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) n° 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité) (*J.O.*, L. 172 du 26 juin 2019).
144. Voy. sur cette directive, N. PICOD, « La directive restructuration et insolvabilité du 6 juin 2019: tout changer pour que rien ne change », *R.A.E.-L.E.A.*, 2019, pp. 585-595.
145. Voy. considérant 1 de la directive.
146. *Ibid*.
147. Nous soulignons.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

32. Un droit à la remise de dettes. Tout d'abord, la directive s'inscrit en faveur de la création d'un « véritable droit à la remise de dettes ».[148,149]

La remise de dettes prévue par la directive se distingue d'une remise de dettes purement contractuelle dès lors que l'effacement ne fait « *appel ni à la volonté du créancier, ni du débiteur: il s'agit de ce que le doyen Carbonnier dénommait joliment 'remises de dette par le bienfait de la loi'* ».[150]

L'article 20 (**Possibilité de remise de dettes**) dispose en ce sens que:

« *1. Les Etats membres veillent à ce que les entrepreneurs insolvables aient accès à au moins une procédure pouvant conduire à une remise de dettes totale conformément à la présente directive. Les Etats membres peuvent exiger que l'activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale pour laquelle les dettes d'un entrepreneur insolvable sont dues ait cessé.*

2. Les Etats membres dans lesquels une remise de dettes totale est subordonnée à un remboursement partiel des dettes par l'entrepreneur veillent à ce que cette obligation de remboursement associée soit fixée en fonction de la situation individuelle de l'entrepreneur et, en particulier, soit proportionnée à ses revenus et actifs disponibles ou saisissables pendant le délai de remise et tienne compte de l'intérêt en équité des créanciers.

3. Les Etats membres veillent à ce que les entrepreneurs qui ont été libérés de leurs dettes puissent bénéficier des cadres nationaux existants offrant un soutien professionnel aux entrepreneurs, y compris un accès à des informations utiles et actualisées au sujet de tels cadres. »

33. Un délai de remise de dettes. La directive entend ensuite limiter le délai endéans lequel les entrepreneurs insolvables et honnêtes peuvent prendre un nouveau départ.[151]

« *Article 21.* ***Délai de remise de dettes***

1. Les Etats membres veillent à ce que le délai à l'issue duquel les entrepreneurs insolvables peuvent être totalement libérés de leurs dettes n'excède pas une durée de trois ans à compter, au plus tard:

a) dans le cas d'une procédure comprenant un plan de remboursement, de la date de la décision d'une autorité judiciaire ou administrative validant le plan ou de la date de commencement de la mise en œuvre du plan; ou b) dans le cas de toute autre procédure, de la date de la décision de l'autorité judiciaire ou administrative d'ouvrir ladite procédure, ou l'établissement de l'actif et du passif de l'entrepreneur.

2. Les Etats membres veillent à ce que les entrepreneurs insolvables qui ont satisfait à leurs obligations, lorsque de telles obligations sont prévues par le droit national, soient libérés de leurs dettes à l'expiration du délai de remise de dettes sans qu'il soit nécessaire de saisir une autorité judiciaire ou administrative pour ouvrir une procédure s'ajoutant à celles visées au paragraphe 1. Sans préjudice du premier alinéa, les Etats membres peuvent conserver ou introduire des dispositions autorisant l'autorité judiciaire ou administrative à vérifier si les entrepreneurs ont satisfait aux obligations à remplir pour obtenir une remise de dettes.

3. Les Etats membres peuvent prévoir qu'une remise de dettes totale ne fait pas obstacle à la poursuite d'une procédure d'insolvabilité qui comprend la réalisation et la distribution des actifs d'un entrepreneur qui font partie de l'actif et du passif dudit entrepreneur à la date d'expiration du délai de remise de dettes. »

34. La jonction des procédures. La directive invite à éviter le recours à des procédures distinctes pour les dettes privées et professionnelles.[152] L'article 24 prévoit dès lors une jonction des procédures concernant les dettes professionnelles et les dettes personnelles.

« *Article 24.* ***Jonction des procédures concernant les dettes professionnelles et les dettes personnelles***

1. Les Etats membres veillent à ce que, lorsqu'un entrepreneur insolvable a des dettes professionnelles contractées dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale et des dettes personnelles contractées en

148. N. PICOD, « La directive restructuration et insolvabilité du 6 juin 2019: tout changer pour que rien ne change », R.A.E.- *L.E.A.*, 2019, p. 593.

149. Considérant 16: « ***Accorder plus facilement une remise de dettes aux entrepreneurs contribuerait à éviter de les exclure du marché du travail*** *et leur permettrait de recommencer une activité entrepreneuriale en tirant les enseignements de leur expérience passée.* »

150. N. PICOD, « La directive restructuration et insolvabilité du 6 juin 2019: tout changer pour que rien ne change », R.A.E.-*L.E.A.*, 2019, p. 593 qui cite J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens. Les obligations*, coll. Quadrige, P.U.F., 2004, n° 1269.

151. Considérant 5 : « *Des cadres inefficaces en matière de remise de dettes et de déchéances poussent les entrepreneurs à s'installer sur un autre territoire* ***afin de prendre un nouveau départ dans un délai raisonnable****, ce qui a un coût supplémentaire considérable à la fois pour leurs créanciers et les entrepreneurs eux-mêmes. Les injonctions de déchéance de longue durée qui accompagnent souvent une procédure menant à une remise de dette entravent la liberté d'accéder à une activité entrepreneuriale indépendante et de l'exercer.* »

152. Considérant 21: « *Il n'est souvent pas possible de faire une distinction claire entre les dettes contractées par des entrepreneurs dans le cadre de leur activité artisanale, industrielle, commerciale ou professionnelle et celles contractées en dehors de ces activités. Les* ***entrepreneurs ne pourraient pas bénéficier efficacement d'une seconde chance s'ils devaient recourir à des procédures distinctes****, assorties de conditions d'accès et de délais de remise de dettes différents, pour se libérer de leurs dettes professionnelles et des autres dettes contractées en dehors de leur activité professionnelle. C'est pourquoi, bien que la présente directive ne comprenne pas de règles contraignantes relatives au surendettement des consommateurs, il conviendrait que les Etats membres appliquent également aux consommateurs, dès que possible, les dispositions de la présente directive concernant la remise de dette.* »

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

dehors de ces activités, qui ne peuvent être raisonnablement séparées, ces dettes, susceptibles de faire l'objet d'une remise, sont traitées en une procédure unique aux fins d'une remise de dettes totale.

2. Les Etats membres peuvent prévoir que, lorsque des dettes professionnelles et des dettes personnelles peuvent être distinguées, ces dettes doivent faire l'objet, aux fins d'une remise de dettes totale, soit de procédures distinctes mais coordonnées, soit de la même procédure. »

35. La durée des déchéances. Une limite temporelle aux déchéances qui inhibent l'entrepreneuriat[153] doit également être envisagée conformément à l'article 22 qui dispose que:

« *1. Les Etats membres veillent à ce que, lorsqu'un entrepreneur insolvable obtient une remise de dettes conformément à la présente directive, toute déchéance du droit d'accéder à une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou de l'exercer au seul motif que l'entrepreneur est insolvable prenne fin au plus tard à l'expiration du délai de remise de dettes.*

2. Les Etats membres veillent à ce que, à l'expiration du délai de remise de dettes, les déchéances visées au paragraphe 1 du présent article cessent de produire leurs effets sans qu'il soit nécessaire de saisir une autorité judiciaire ou administrative pour ouvrir une autre procédure que celles visées à l'article 21, paragraphe 1. »

36. Les dérogations autorisées. Enfin, le législateur européen entend réserver le bénéfice de la remise de dettes aux débiteurs honnêtes et de bonne foi. Ainsi, l'article 23 permet aux Etats membres de mettre en place toute une série de dérogations.

« *1. Par dérogation aux articles 20 à 22, les Etats membres maintiennent ou adoptent des dispositions refusant ou restreignant l'accès à la remise de dettes, révoquant le bénéfice de la remise ou prévoyant un délai de remise de dettes totale ou de déchéance plus long lorsque l'entrepreneur insolvable a agi de manière malhonnête ou de mauvaise foi, au titre du droit national, à l'égard des créanciers ou d'autres parties prenantes lorsqu'il s'est endetté, durant la procédure d'insolvabilité ou lors du remboursement des dettes, sans préjudice des règles nationales relatives à la charge de la preuve.*

2. Par dérogation aux articles 20 à 22, les Etats membres peuvent maintenir ou adopter des dispositions refusant ou restreignant l'accès à la remise de dettes, révoquant le bénéfice de la remise ou prévoyant un délai de remise de dettes totale ou de déchéance plus long dans certaines circonstances bien définies et lorsque de telles dérogations sont dûment justifiées, notamment lorsque:

a) l'entrepreneur insolvable a commis une violation substantielle des obligations prévues par un plan de remboursement ou de toute autre obligation légale visant à préserver les intérêts des créanciers, y compris l'obligation d'optimiser les rendements pour les créanciers;

b) l'entrepreneur insolvable ne satisfait pas aux obligations d'information ou de coopération prévues par le droit de l'Union et le droit national;

c) il y a des demandes de remise de dettes abusives;

d) il y a une nouvelle demande de remise de dettes au cours d'une certaine période après que l'entrepreneur insolvable s'est vu accorder une remise de dettes totale, ou qu'il s'est vu refuser une remise de dettes totale du fait d'une violation grave d'obligations d'information ou de coopération;

e) le coût de la procédure ouvrant la voie à la remise de dettes n'est pas couvert; ou

f) une dérogation est nécessaire pour garantir l'équilibre entre les droits du débiteur et les droits d'un ou de plusieurs créanciers.

3. Par dérogation à l'article 21, les Etats membres peuvent prévoir des délais de remise de dettes plus longs lorsque:

a) des mesures de protection sont approuvées ou ordonnées par une autorité judiciaire ou administrative afin de préserver la résidence principale de l'entrepreneur insolvable et, le cas échéant, de sa famille, ou les actifs essentiels pour la poursuite de l'activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale de l'entrepreneur; ou

b) la résidence principale de l'entrepreneur insolvable et, le cas échéant, de sa famille, n'est pas réalisée.

153. Considérant 9: « *Les coûts supplémentaires liés à l'évaluation des risques et à l'exécution transfrontière des créances supportés par les créanciers d'entrepreneurs surendettés qui s'installent dans un autre Etat membre pour obtenir une remise de dettes dans un délai beaucoup plus court devraient également être réduits. Les coûts supplémentaires que doivent supporter les entrepreneurs du fait qu'ils doivent déménager dans un autre Etat membre pour obtenir une remise de dettes devraient également être réduits.* ***En outre, les obstacles résultant des injonctions de déchéance de longue durée liées à l'insolvabilité ou au surendettement d'un entrepreneur inhibent l'entrepreneuriat.*** » Voy. aussi le considérant n° 72: « *Les entrepreneurs exerçant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou une activité libérale indépendante peuvent courir le risque de devenir insolvables. Les différences entre les Etats membres en termes d'opportunités pour un nouveau départ pourraient encourager les entrepreneurs surendettés ou insolvables à déménager dans un Etat membre autre que celui où ils sont établis afin de bénéficier de délais de remise plus courts ou de conditions de remise de dettes plus attrayantes, ce qui engendre une insécurité juridique et des coûts supplémentaires pour les créanciers lors du recouvrement de leurs créances.* ***En outre, les effets de l'insolvabilité, en particulier la stigmatisation sociale, les conséquences juridiques telles que la déchéance du droit d'accéder à une activité entrepreneuriale et de l'exercer et l'incapacité persistante de rembourser ses dettes, ont un effet dissuasif important sur les entrepreneurs qui cherchent à créer une entreprise ou à avoir une seconde chance, même s'il est prouvé que les entrepreneurs qui sont devenus insolvables ont plus de chances de réussir la fois suivante.*** »

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

4. Les Etats membres peuvent exclure de la remise de dettes des classes spécifiques de créances, ou limiter la possibilité de remise de dettes ou encore prévoir un délai de remise plus long lorsque ces exclusions, limitations ou délais plus longs sont dûment justifiés, en ce qui concerne notamment:

a) les dettes garanties;

b) les dettes issues de sanctions pénales ou liées à de telles sanctions;

c) les dettes issues d'une responsabilité délictuelle;

d) les dettes issues d'obligations alimentaires découlant de relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance;

e) les dettes contractées après l'introduction de la demande de procédure ouvrant la voie à une remise de dettes ou après l'ouverture d'une telle procédure; et

f) les dettes issues de l'obligation de payer le coût de la procédure ouvrant la voie à une remise de dettes.

5. Par dérogation à l'article 22, les Etats membres peuvent prévoir un délai de déchéance plus long, voire d'une durée illimitée, lorsque l'entrepreneur insolvable est membre d'une profession:

a) dans laquelle s'appliquent des règles déontologiques spécifiques, ou des règles spécifiques en matière de réputation ou d'expertise que l'entrepreneur a enfreintes; ou

b) liée à la gestion de biens d'autrui.

Le premier alinéa s'applique également lorsqu'un entrepreneur insolvable sollicite l'accès à une profession visée au point a) ou b) dudit alinéa.

6. La présente directive est sans préjudice des règles nationales relatives aux déchéances ordonnées par une autorité judiciaire ou administrative autres que celles visées à l'article 22. »

37. Entrée en vigueur et transposition de la directive. La directive est entrée en vigueur le 16 juillet 2019 et devait en principe être transposée pour le 17 juillet 2021. Aucun projet de transposition n'a toutefois à ce jour été déposé. La Belgique pourra compter sur l'article 34, 2., qui prévoit la possibilité d'une prolongation d'un an en invoquant les difficultés particulières liées à la crise sanitaire.

On peut évidemment s'interroger sur l'impact de cette directive dans notre droit national dès lors que notre régime de l'effacement semble déjà aller au-delà de l'harmonisation *a minima*.[154]

L'arrêt de la Cour constitutionnelle qui déclare qu'en ce qu'il impose un délai de forclusion, l'article XX.173 crée une discrimination aux articles 10 et 11 de la Constitution nous paraît s'inscrire dans la droite ligne de la directive qui entend faciliter l'accès à l'effacement en supprimant les obstacles procéduraux.[155]

Il nous est toutefois permis de penser que l'occasion est ici donnée au législateur de créer davantage de ponts entre les régimes d'insolvabilité des entreprises et le surendettement des particuliers.

Une codification des avancées jurisprudentielles précitées sera vraisemblablement sur la table.

SECTION 2. LE DESSAISISSEMENT

Après avoir rappelé le régime applicable sous l'empire de la L. faill. (A.), nous pointerons les réelles avancées consacrées par le Livre XX du CDE sur les effets du dessaisissement du failli (B.) avec le lot d'incertitudes qu'elles charrient (C.). Nous clôturerons cette section par quelques considérations prospectives (D.).

A. Le régime du dessaisissement sous l'empire de la L. faill.[156]

38. Les principes applicables. Sous l'empire de la L. faill., le dessaisissement du failli avait pour objectif de garantir le maintien de l'intégrité du patrimoine du failli du jugement déclaratif de faillite à la clôture de celle-ci.[157,158]

L'objectif recherché était d'éviter que le débiteur ne diminue son actif ou n'augmente son passif au détriment des créanciers. Il fallait éviter que certains créanciers soient favorisés au préjudice des autres.[159] Il s'agissait d'une « *sorte de saisie*

154. Certains regrettent une harmonisation *a minima* là où le législateur européen aurait pu être plus ambitieux (N. PICOD, « La directive restructuration et insolvabilité du 6 juin 2019: tout changer pour que rien ne change », R.A.E.-*L.E.A.*, 2019, pp. 586-587).
155. Voy. p. ex. art. 21, 2., de la directive.
156. Voy. F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 397 et s.
157. A. CLOQUET, *Les Novelles. Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite* , 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 389.
158. Cass., 5 juillet 1901, *Pas*., 1901, I, pp. 315 et s. et plus spéc. p. 333.
159. E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 90; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 414.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

ou de mainmise collective opérée, par l'effet de la loi, au profit des créanciers au jour de la faillite ».[160]

Le dessaisissement emportait donc deux effets.[161]

D'une part, le débiteur ne pouvait plus poser d'acte de disposition et même de simple administration sur ses biens. Le failli ne pouvait obliger la masse.[162]

D'autre part, la gestion et l'administration du patrimoine du débiteur étaient confiées au curateur. Cela signifiait que le failli ne pouvait plus recevoir un paiement, payer une dette, ou encore agir en justice pour exercer ses droits patrimoniaux.[163] C'était au curateur qu'il incombait de recouvrer les créances du débiteur, de poursuivre, le cas échéant, l'activité commerciale, de procéder à la vente des biens appartenant au failli, …[164] Malgré le dessaisissement, le failli restait propriétaire de ses biens.[165] En cas de vente par le curateur, la propriété passait directement du failli à l'acquéreur.[166]

Le dessaisissement était général[167] et durait toute la procédure de faillite.[168] Il portait sur l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers, civils et commerciaux, du débiteur, biens présents et à échoir pendant tout le temps que le débiteur était en état de faillite.[169,170]

Les biens que le failli se procurait à la suite de l'exercice d'une nouvelle activité étaient également visés par le dessaisissement[171] sous déduction des frais et charges engendrés par cette nouvelle activité.[172] Il en allait de même des biens donnés ou légués au failli sous déduction des dettes qui grevaient l'actif.[173]

39. Les exceptions. Le principe du dessaisissement consacré par l'article 16 de L. faill. connaissait des exceptions, à savoir:

a) Les biens insaisissables par nature

Les biens insaisissables par nature, tels que les choses ne présentant aucune valeur marchande, les droits extrapatrimoniaux, les droits exclusivement attachés à la personne, ou encore les décorations[174] échappent au principe du dessaisissement du failli.

160. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 232-233. Voy. égal. B. MAES et R. BÜTZLER, « Le droit d'exécution individuelle des créanciers de la masse » (note sous Cass., 26 novembre 1981), *R.C.J.B.*, 1985, p. 456, n° 8; A. ZENNER, *Dépistages, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 269.
161. E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, p. 143.
162. E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 93; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 229.
163. E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 97; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 229.
164. E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, p. 143.
165. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 649, n° 2957; F. T'KINT et W. DERIJCKE, « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, Livre 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 212; R. JANSEN, « Het complexe samenspel van samenloop, beschikkingsonbevoegdheid, en derdenbescherming » (note sous Cass., 6 mars 2009), *R.W.*, 2009-2010, p. 362; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 419.
166. L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires* , Gand, Editions Fecheyr, 1949, p. 159.
167. E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 44; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 414; K. BYTTEBIER et N. GESQUIERE, *Algemene beginselen insolventierecht*, Gand, Story Publishers, 2014, 135, p. 30.
168. E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 44.
169. A.C. RENOUARD et J. BEVING, *Traité des faillites et des banqueroutes*, Paris, Librairie du Panthéon classique et littéraire, 1851, p. 166; E. DE PERRE, *Manuel du curateur de la faillite suivi d'un formulaire et des règlements d'honoraires des curateurs en usage dans les tribunaux belges*, 3e éd., Bruxelles, Librairie judiciaire Polydore Pée, 1929, p. 91; E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, pp. 675-676.
170. Les gains touchés par un débiteur qui, postérieurement à la faillite, jouerait avec succès au « win for life » tombent dans la masse. Voy. Comm. Liège (div. Namur), 22 mai 2017, R.G. A/16/00691, *inédit*.
171. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 691, n° 3032; Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 227. Voy. pour les controverses qui existaient sur la question: E. PICARD, N. D'HOFFSCHMIDT et J. DE LE COURT, *Pandectes belges. Encyclopédie de législation, de doctrine et de jurisprudence belges*, t. 42, *v° Faillite,* Bruxelles, Larcier, 1892, p. 585.
172. M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 14. Voy. toutefois Cass., 25 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1373. Dans cet arrêt, la Cour décide que le dessaisissement ne fait pas obstacle à ce qu'un failli perçoive de nouveaux revenus et qu'il les utilise pour pourvoir à son entretien et à celui de sa famille. Sur les principes et controverses relatives aux déductions à opérer sur les nouveaux revenus du failli, voy. L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires* , Gand, Editions Fecheyr, 1949, p. 192; P. ROBINO, « L'exercice d'un nouveau commerce par le failli », *Rev. trim. dr. com.*, 1951, p. 690; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 260; J. CAEYMAEX, « L'activité nouvelle du failli » (note sous C. trav. Liège, 23 juin 1986, *Ann. Dr. Lg.*, 1987, p. 39; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 43, n° 39; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 20.
173. E. THALLER et J. PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, p. 678; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires* , Gand, Editions Fecheyr, 1949, p. 192; J. DE SMET, *Ondernemingen in moeilijkheden. Grondige analyse van de faillissementswet en de strafrechtelijke bepalingen*, Gand, Story Publishers, 2015, p. 69.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

Le failli conserve, ainsi, tous les droits attachés à la personne, tels que ceux liés au mariage, dérivant de l'exercice de l'autorité parentale ou intéressant l'honneur ou la propriété intellectuelle.[175]

Le droit d'opter pour la continuation d'un contrat d'assurance vie, son rachat ou sa réduction est également considéré comme un droit exclusivement attaché à la personne du failli.[176]

L'exercice de ces droits est réservé au failli en application de l'article 1166 du Code civil, mais, suivant le régime de l'article 16 de la L. faill., les avantages financiers qui en découlent tombent dans la masse.[177]

b) Les biens déclarés insaisissables par l'article 1408 du Code judiciaire

L'article 16, alinéa 2, de la L. faill. exclut de l'actif de la faillite les biens visés à l'article 1408 du Code judiciaire, à l'exception des biens indispensables à la profession.

Il s'agit des biens meubles corporels nécessaires à la vie quotidienne du failli et de sa famille, tels que les lits du failli et de sa famille, les vêtements et le linge indispensable à leur propre usage ou encore les meubles nécessaires pour les ranger.

Le failli en conserve l'administration et la disposition.[178]

c) Les revenus déclarés insaisissables par les articles 1409 à 1412 du Code judiciaire et par les lois particulières

L'article 1409 du Code judiciaire fixe les montants minimums insaisissables des sommes payées en exécution d'un contrat de travail, d'un statut, d'un contrat d'apprentissage ou, d'une façon plus générale, toute somme rémunérant la fourniture d'une prestation.

Suivant l'article 1409*bis* du Code judiciaire, le débiteur qui ne dispose pas de revenus visés à l'article 1409 peut conserver pour lui et sa famille les revenus nécessaires à sa subsistance.

Ces montants sont adaptés chaque année par arrêté royal.[179]

L'article 16, alinéa 3, de la L. faill. exclut ces revenus de l'actif de la faillite ainsi que ceux déclarés insaisissables par les articles 1410 à 1412 du Code judiciaire ou en vertu de lois particulières.

d) Les indemnités accordées au failli pour la réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite

L'article 16, alinéa 4, de la L. faill. exclut, enfin, de l'actif de la faillite, les indemnités accordées au failli en réparation du préjudice lié à la personne causé par un acte illicite.

Il s'agit des indemnités destinées à réparer un préjudice physique. Sont par contre exclues les indemnités qui couvrent les pertes professionnelles subies par l'effet de l'acte illicite pour la période antérieure à la faillite.[180]

La Cour constitutionnelle a, par contre, décidé, par un arrêt du 16 janvier 2002, qu'« [e]*n tant qu'une indemnité due à un failli a pour objet de réparer une perte de revenus résultant d'une incapacité de travail* [antérieure à la faillite]*, elle doit être comparée aux montants, sommes et paiements visés par l'article 1410, § 1er, 4° et 5° et § 2, 4° et 5°, précité, du Code judiciaire* ».[181]

e) Le secours alimentaire accordé par le curateur

Suivant l'article 48, alinéa 1er, de la L. faill., « *les curateurs peuvent, avec l'autorisation du juge-commissaire, délivrer au failli, personne physique, et à sa famille des meubles et effets nécessaires à leur propre usage. Les curateurs dressent un inventaire de ces objets. Ils peuvent également, avec l'autorisation du juge-commissaire, attribuer des secours alimentaires au failli, personne physique, et à sa famille* ».

B. La réforme

40. La limitation drastique du dessaisissement. L'article XX.110 du CDE a réformé le régime du dessaisissement général du failli prévu à l'article 16 de la L. faill., en consacrant le principe de la limitation de la consistance de la masse, en ces termes:

« *§ 1er. Le failli, à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite, est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, y compris 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.*

174. M. GRÉGOIRE, *Procédures collectives d'insolvabilité*, *o.c.*, p. 16, n° 16.
175. J. VAN RYN et J. HEENEN, *o.c.*, p. 261, n° 2708; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *o.c.*, p. 434, n° 3.3.6.7.; F. GEORGE, « La réforme de la faillite », *o.c.*, p. 1; M. LEMAL, *o.c.*, p. 80, n° 33.
176. M. LEMAL, *o.c.*, pp. 20-22; F. GEORGE, « La réforme de la faillite », *o.c.*, p. 180, n° 33.
177. M. LEMAL, *o.c.*, 2012, p. 21, n° 27.
178. *O.c.*, p. 16, n° 21.
179. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *o.c.*, p. 420, n° 3.3.2.15.; M. LEMAL, *o.c.*, p. 18, n° 21.
180. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *o.c.*, p. 422, n° 3.3.2.17.
181. C.C., 16 janvier 2002, n° 11/2002, www.const-court.be/fr/common/home.html, B.5.3.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

§ 2. Tous paiements, opérations et actes faits par le failli, et tous paiements faits au failli depuis le jour du jugement déclaratif de la faillite sont inopposables à la masse.

§ 3. Les biens visés à l'article 1408 du Code judiciaire, à l'exception des biens indispensables à la profession du saisi, visés au 3° de cet article, sont exclus de l'actif de la faillite. Le failli en conserve l'administration ainsi que la disposition.

***Sont** également **exclus de l'actif de la faillite les biens, les montants, sommes et paiements que le failli recueille à partir de la déclaration de la faillite en vertu d'une cause postérieure à la faillite**.*

Sont également exclues de l'actif de la faillite, les indemnités accordées au failli pour la réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite.

Le failli gère également les biens et montants visés aux alinéas 2 et 3 et en dispose. »[182]

La réforme met l'accent sur la seconde chance dont doit bénéficier le failli. L'effacement des dettes du failli s'accompagne ainsi d'une autre mesure destinée à permettre un rebond plus rapide du débiteur.

A côté des exceptions au principe du dessaisissement prévues sous le régime de l'article 16 L. faill., les biens[183], montants et revenus que le failli recueille après le jugement déclaratif de faillite en vertu d'une cause postérieure à la faillite sont exclus de l'actif de la faillite.

Le dessaisissement du débiteur est donc aujourd'hui limité.

La réforme contribue ainsi à inciter davantage le failli à se lancer dans l'exercice d'une nouvelle activité, ce que n'encourageait pas le fait de faire entrer dans la masse la partie saisissable de ses revenus.[184] Sous l'ancien régime, le failli ne disposait que de peu d'incitants à l'exercice d'une nouvelle activité commerciale, bien qu'autorisé[185] à se livrer à titre de salarié[186] ou d'indépendant[187], à l'exercice d'une activité nouvelle[188], qu'elle soit ou non commerciale.[189] Cette nouvelle activité[190] profitait davantage à la masse qu'au failli. La masse pouvait, en effet, espérer que le failli puisse subvenir à ses propres besoins et revienne à meilleure fortune.[191] Ce faisant, l'exercice de cette activité préservait le curateur contre le risque d'une demande de secours alimentaire.[192] De plus, la partie saisissable des revenus qui proviennent de l'exercice d'une nouvelle activité tombait normalement dans la masse.[193,194]

182. Nous soulignons.
183. L'insertion des « biens » fut suggérée par le Conseil d'Etat (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^er du Code de droit économique (*Doc. parl*., Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 310)).
184. F. GEORGE, « La réforme de la faillite », *o.c.*, p. 185, n° 36.
185. Cass., 3 mars 1855, *Pas*., 1855, I, p. 172, Concl. Proc. gén. LECLERCQ: « Les jugements déclaratifs de faillite n'enlèvent aux faillis que l'administration de leurs biens présents et de ceux qu'ils peuvent acquérir par les moyens appartenant au droit civil proprement dit, mais ne les privent pas de la faculté de se livrer pendant la faillite à de nouvelles affaires ou à l'exercice d'une industrie et d'acquérir de cette manière d'autres biens pour pourvoir à leur existence et à celle de leur famille, et se procurer des ressources nouvelles pour se libérer envers leurs créanciers; qu'il faut donc nécessairement reconnaître aux faillis le droit d'ester en justice pour le recouvrement de ce qui leur est dû de ce chef, et pour l'exécution des obligations contractées envers eux, sauf les mesures à prendre par les syndics s'ils le jugent convenable, pour conserver, dans l'intérêt de la masse créancière, les sommes et les biens que les faillis y auraient acquis de cette manière. » (voy. sur cet arrêt: C. BASTJAENS, « L'exploitation d'un nouveau commerce par le failli avant la clôture de la faillite », *in* X., *Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 675-679); Cass., 26 octobre 1987, *Pas*., 1988, I, p. 227.
186. A.-C. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 427.
187. Bruxelles, 25 février 1881, *Pas*., 1881, II, p. 120; Comm. Bruxelles, 17 janvier 1914, *J.C.B.*, 1914, p. 173 et la note (l'art. 444 « n'enlève point au failli le droit de contracter un louage de ses services personnels pour lui permettre de subvenir à ses besoins et ceux de sa famille); Mons, 13 décembre 1988, *J.L.M.B*., 1989, p. 157 (« Les revenus que le failli tire de son activité nouvelle ne reviennent pas de plein droit à la masse des créanciers; que le bon sens commande d'admettre que le failli doit, d'une part, faire face à des frais professionnels et que, d'autre part, il doit assurer sa subsistance et celle de sa famille, sans qu'il soit requis que les sommes qu'il perçoit soient versées à titre de secours alimentaire » et « ce qui revient à la masse, c'est ce qui excède ce qui est nécessaire pour couvrir les frais professionnels et les besoins de la vie courante »); Liège, 25 novembre 1993, *J.L.M.B*., 1994, p. 857 (pour reconnaître au failli le droit de participer à la constitution d'une société, la cour d'appel se fonde, sur le principe de la liberté des activités dans tous les domaines ainsi que sur le droit naturel de subvenir à son existence et à celle des siens).
188. Cass., 3 mars 1855, *Pas*., 1855, I, p. 172, Concl. Proc. gén. LECLERCQ; Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 227.
189. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 259; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 20.
190. Notons que l'activité ne peut toutefois s'exercer qu'au moyen de fonds étrangers à la faillite (P. ROBINO, « L'exercice d'un nouveau commerce par le failli », *Rev. trim. dr. com*., 1951, p. 680. L'auteur précise que « le plus souvent le failli pourra entreprendre cette exploitation à l'aide de fonds donnés ou prêtés par des parents ou des amis »).
191. L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires* , Gand, Editions Fecheyr, 1949, p. 191; A. CLOQUET, *Les Novelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite* , 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 403.
192. L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires* , Gand, Editions Fecheyr, 1949, p. 191.
193. A. CLOQUET, *Les Novelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 402. En pratique, ce principe n'est toutefois pas rigoureusement appliqué (voy. D. PASTEGER, « La déclaration anticipée d'excusabilité, un supplice de Tantale », *R.D.C*., 2015, p. 581).
194. Le curateur n'est cependant pas tenu de solliciter le remboursement par le failli de la partie saisissable de sa rémunération s'il ressort de la situation du débiteur que ce dernier pourrait, en vertu de l'art. 48 L. faill. obtenir un secours alimentaire au moins équivalent (A. CLOQUET, *Les Novelles, Droit commercial*, t. IV, *Les concordats et la faillite* , 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 402).

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

Les derniers obstacles à l'exercice d'une nouvelle activité par le failli sont supprimés. Grâce à la réforme, le failli pourra désormais compter sur le produit de cette nouvelle activité.

Comme le relèvent, en effet, les travaux préparatoires du projet de loi, inspirés par le projet de directive du Parlement européen et du Conseil du 22 novembre 2016 précité[195], « [u]*ne politique de seconde chance inefficace a pour conséquence que des entrepreneurs sont pris dans le piège de l'endettement, sont poussés à se tourner vers l'économie souterraine ou contraints de s'installer dans un autre pays pour avoir accès à des régimes plus accueillants* ».[196]

41. La notion de cause visée à l'article XX.110 du CDE. Le dessaisissement ne vise plus que les biens acquis pour « *une cause existant avant l'ouverture de la faillite* ».[197]

Est donc exclu de la masse « *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 donations postérieures* ».[198] La finale du § 3 de l'article XX.110 reconnaît de manière plus large la capacité du failli. Ce dernier est admis à gérer les montants qui échappent à l'actif de la faillite (visés aux al. 2 et 3) et peut en disposer.

L'un des soussignés s'est interrogé, lors d'un premier commentaire du Livre XX du CDE, sur la notion de cause employée par le législateur.[199] Le critère renvoie-t-il, en matière de créances par exemple, à la naissance ou à l'exigibilité de celles-ci?

Les travaux préparatoires précisent uniquement qu'« *Alors que naguère tous les biens que le failli pouvait acquérir pendant la faillite faisaient partie de la masse, ceci ne vaut plus que pour* ***les biens acquis pour une cause existant avant l'ouverture de la faillite****. Ainsi, par exemple, le produit de prestations de travail effectuées après la faillite, ou des héritages recueillis à la suite d'un décès survenu après la faillite ou donations postérieures, ne font pas partie de la masse* ».[200,201]

Les termes utilisés semblent désigner, au rang des créances qui échappent au dessaisissement, les créances qui *naissent*[202] d'une cause postérieure à la faillite, par exemple d'une nouvelle activité ou d'une donation. Par contre, une créance qui trouverait sa source dans une cause antérieure au jugement déclaratif de faillite mais qui deviendrait exigible après celui-ci entrera dans la masse.[203]

Le législateur semble avoir perdu de vue l'incidence de la faillite sur les contrats en cours (voy. not. *infra*, n° 42).

C. La jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur de la réforme

42. La notion de cause postérieure à la faillite. Vu l'incertitude créée par le libellé de l'article XX.110 du CDE, les cours et tribunaux furent rapidement saisis de la question de savoir ce que recouvrait l'expression « *montants, sommes et paiements que le failli recueille à partir de la déclaration de la faillite en vertu d'une cause postérieure à la faillite* ».

Le tribunal de l'entreprise de Gand, division Gand, a été amené à trancher cette question dans un jugement du 14 mai 2019.[204] L'affaire concernait un dirigeant de société qui, à la suite de la faillite de celle-ci, s'était fait immatriculé à la BCE comme indépendant et avait entamé de nouvelles activités. Il avait ensuite fait aveu de faillite en tant que personne physique à peine 2 mois plus tard. A la suite de sa faillite personnelle, la question s'était posée de savoir si les revenus générés après le jugement de faillite, en exécution d'un contrat conclu avant la faillite, étaient saisissables. Le curateur soutenait que, dès lors que cette rémunération avait trait à un contrat conclu avant le jugement déclaratif de faillite, celle-ci revenait à la masse en application de l'article XX.110, § 1er, du CDE. Le débiteur soutenait, pour sa part, que ce n'était pas le contrat qui constituait la cause de la rémunération, mais les prestations accomplies en exécution dudit contrat, de sorte que la rémunération des prestations postérieures à la faillite échappait à la masse.

Le tribunal de l'entreprise de Gand a fait droit à la thèse défendue par le débiteur, en considérant que:

« *Il résulte clairement de la volonté du législateur que les revenus qui sont générés après la faillite ne font pas partie*

195. www.ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/COM-2016-723-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF, p. 4.
196. *Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/006, p. 69.
197. 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 Ier du Code de droit économique (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 83).
198. *Ibid.*, p. 83.
199. F. GEORGE, « La réforme de la faillite », *in C. Alter* (coord.), *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprise*s, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 187.
200. 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 Ier du Code de droit économique (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 204).
201. Nous soulignons.
202. Nous soulignons.
203. N. OUCHINSKY, « Les innovations du Livre XX du Code de droit économique en matière de faillite. Questions choisies », *in Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 544, n° 26.
204. Entr. Gand (div. Gand), 14 mai 2019, *R.D.C.*, 2020, p. 795, note I. VAN DE PLAS.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

de la masse. La référence à ***la notion de cause doit****, dans ce contexte,* ***être lue comme la contrepartie, à savoir le travail effectif réalisé après la faillite, dans le cadre du contrat de travail****. Juger autrement serait contraire à l'intention claire du législateur.*

La cause de l'obtention des biens, des montants, sommes et paiements ne coïncident pas avec la naissance de la relation juridique. (...)

La référence du curateur à la notion de 'cause' en droit des obligations n'est pas non plus convaincante. Dans ce cas, la notion de cause a une fonction dans la conclusion de la convention, et non pas dans la naissance du droit concret ***aux biens, montants, sommes et prestations*** *dus en exécution dudit contrat.*

La cause de la créance naît après la faillite si le fait juridique, l'acte juridique (contrat ou acte unilatéral) ou la situation qui sert directement de fondement à la créance est situé après la faillite.

Ce sont les prestations accomplies après la faillite qui servent de fondement direct à la créance concernée ».[205,206]

Le tribunal estime, dès lors, que ce sont les prestations effectuées après la faillite qui constituent la cause de la créance de rémunération, et non le contrat en exécution duquel les prestations ont été accomplies.

Le tribunal de l'entreprise de Liège, division Namur, saisi d'un litige relatif à un expert qui avait poursuivi les missions d'expertise pour lesquelles il avait été désigné avant faillite, a pris le contre-pied de la jurisprudence précitée, dans un jugement du 23 mars 2021[207], en considérant « *qu'en matière contractuelle,* ***c'est le contrat qui est la cause du paiement effectué par l'un des cocontractants, quelle que soit la date de la prestation ayant donné lieu au paiement****. En d'autres termes, si un contrat est conclu par le failli avant la faillite, tout ce qui est payé par le cocontractant du failli en vertu de ce contrat doit l'être au curateur, même pour les prestations postérieures à la faillite (sauf bien entendu si un accord est intervenu entre le curateur et le failli à propos d'une autre répartition des fonds)* ».[208]

Le tribunal, poursuivant le raisonnement à propos de missions d'expertise confiées par une juridiction au failli estime que: « *C'est le jugement ordonnant la mesure d'expertise qui est la cause du paiement effectué à l'expert. Si le jugement est antérieur à la faillite et que l'expertise s'est poursuivie malgré la faillite, les frais et honoraires de l'expert doivent donc être payés au curateur.* »

Prenant appui sur la *ratio legis* de la loi, il est précisé par le tribunal que: « *Le législateur a entendu promouvoir le 'fresh start' du failli, à savoir la possibilité pour ce dernier de recommencer une nouvelle activité professionnelle dès le lendemain de la faillite et de percevoir le fruit de cette activité (le travail effectué pouvant être le même qu'auparavant: à titre d'exemple, un restaurateur pourra ouvrir un nouveau restaurant). Il n'est, en revanche, pas admissible que le failli poursuive les contrats en cours.* ***En effet, les contrats qui ont été conclus par le failli avant la faillite font partie de l'actif de la faillite, actif qui est géré par le curateur. Le curateur peut donc décider de poursuivre ces contrats ou de les céder, par exemple dans le cadre de la cession du fonds de commerce de l'entreprise (évidemment avec l'accord du cocontractant). Le failli, quant à lui, ne peut décider d'exécuter un contrat antérieur à la faillite sans l'accord du curateur et a fortiori percevoir les montants payés en vertu de ce contrat.*** *S'il le faisait malgré tout, son comportement pourrait être considéré comme un détournement d'actifs au sens de l'article 489ter du Code pénal.* »[209]

Il ajoute que: « *Cette interprétation de la loi est aussi la plus conforme à l'intérêt des contreparties du failli (qu'il s'agisse de ses cocontractants ou, dans le cadre de missions judiciaires, de la juridiction qui l'a désigné). En effet, il n'y a aucune raison de leur imposer de travailler avec une personne insolvable, placée sous tutelle judiciaire (évidemment sans préjudice de l'art. XX.139 CDE). Le fait de poursuivre une relation professionnelle avec le failli doit résulter d'un choix délibéré, fait en toute connaissance de cause.* »

La décision du tribunal de l'entreprise de Liège, division Namur, a le mérite de réaffirmer à juste titre le rôle de chacun des acteurs de la faillite.

---

205. Traduction libre de: « *Het is duidelijk de wil van de wetgever dat de inkomsten die gegenereerd worden na de faling buiten de faillissementsboedel vallen. De verwijzing naar het begrip oorzaak moet in dit kader dan ook gelezen worden als de tegenprestatie, namelijk de concrete geleverde arbeid na faling, in het kader van de arbeidsovereenkomst. Er anders over oordelen zou indruisen tegen de duidelijke wil van de wetgever. De oorzaak van het verkrijgen van de goederen, de bedragen, sommen en uitkeringen valt niet samen met het ontstaan van de rechtsverhouding. (...). Ook de verwijzing van de curator naar het begrip 'oorzaak' in het verbintenissenrecht kan niet overtuigen. Daar heeft het begrip oorzaak een functie in het tot stand komen van de overeenkomst, niet in het ontstaan van het concrete recht op de goederen, de bedragen, sommen en uitkeringen in uitvoering van de overeenkomst. De oorzaak van de vordering ontstaat na de faling als het rechtsfeit, de rechtshandeling (overeenkomst of eenzijdige handeling) of de toestand die rechtstreeks aan de vordering ten grondslag ligt, zich na de faling situeert. Het is de geleverde arbeid na de faling die rechtstreeks aan de vordering tot betrokken loon ten grondslag ligt.* »

206. Nous soulignons.

207. Entr. Liège (div. Namur), 23 mars 2021, R.G. n^{os} N/20/00007 et A/20/00934, *inédit.*

208. Nous soulignons.

209. Nous soulignons.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

Ainsi, dès lors que le curateur dispose, en vertu de l'article XX.139 du CDE, d'une option quant aux contrats en cours[210] (poursuivre le contrat, (ne pas exécuter[211]) ou résilier si l'intérêt de la masse le requiert nécessairement) et qu'il lui revient de liquider les actifs (en ce compris les contrats qui peuvent être valorisés dans le cadre d'une cession), il paraît logique de lui laisser le soin de se prononcer sur la poursuite ou non des contrats dont fait partie le contrat de travail conclu par le failli. Si le curateur décide de poursuivre un contrat en cours, l'article XX.139, § 1er, alinéa 3, de la L. faill. précise que « *l'exécution des obligations du failli corrélatives aux prestations effectuées par le cocontractant après la date du jugement déclaratif de faillite est à charge de la masse* ». Il serait, par conséquent, injuste pour la masse, de lui faire supporter les obligations suscitées par la poursuite d'un contrat, tout en lui déniant le droit d'en percevoir la contrepartie.

Reconnaître le droit pour le failli de recueillir, au détriment de la masse, les revenus d'un contrat conclu avant la faillite qu'il a poursuivi sans l'accord du curateur reviendrait, en outre, à légitimer une forme de détournement d'actifs.

43. Le régime transitoire. Les questions qui émaillent de la pratique portent également sur le régime transitoire instauré par le législateur, dès lors que les avancées en matière de dessaisissement ont créé une véritable rupture avec l'ancien régime. La différence de traitement qu'emporte le régime transitoire instauré par la réforme n'a pas manqué d'être dénoncée à la Cour constitutionnelle.

En l'occurrence, l'affaire ayant donné lieu à la formulation d'une question préjudicielle concernait un débiteur personne physique qui avait été déclaré en faillite le 22 avril 2015 et excusé anticipativement le 20 décembre 2017 (soit avant l'entrée en vigueur du Livre XX CDE).

Saisi d'une demande de clôture de la faillite pour insuffisance d'actifs, le tribunal de l'entreprise de Liège, division Dinant, a été amené à statuer sur une saisie-arrêt pratiquée sur la rémunération du débiteur devenu salarié auprès de son employeur, le curateur s'interrogeant sur la constitutionnalité du régime transitoire applicable au nouveau régime du dessaisissement.

Le tribunal a, dans ce contexte, été amené à poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante:

« *La différence de traitement entre, d'une part, le failli, qui peut invoquer la disposition de l'article XX.110, § 3, du Code de droit économique tel qu'inséré par la loi du 11 août 2017 et le failli soumis à l'article 16 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites constitue-t-elle une violation des articles 10 et 11 de la Constitution en ce que la loi du 11 août 2017 veut promouvoir la seconde chance qui encourage l'entreprenariat et permet un nouveau départ? Les dispositions de la loi nouvelle, doivent-elles en conséquence trouver à s'appliquer pour toute faillite, qu'elle soit née avant ou après le 1er mai 2018?* »

La Haute Juridiction a répondu par la négative dans un arrêt du 18 juin 2020.[212] Pour la Cour, la différence de traitement entre les faillis, en ce qui concerne les limites au dessaisissement de leurs biens, selon que la procédure de faillite était en cours au moment de la date d'entrée en vigueur de l'article XX.110, § 3, du CDE ou que la faillite a été déclarée après cette date, découle de la combinaison des dispositions en cause avec les articles 70, alinéa 1er et 76, alinéa 1er, de la loi du 11 août 2017. La Cour rappelle que lorsque deux régimes se succèdent dans le temps, ils peuvent coexister pendant une certaine période. Partant: « *Lorsque la procédure de faillite était en cours le 1er mai 2018, elle reste régie, à titre transitoire, par la loi du 8 août 1997 sur les faillites, tandis que le nouveau régime prévu par le Code de droit économique en matière de faillites, inséré par la loi du 11 août 2017, ne s'applique qu'aux faillites qui ont été déclarées à partir du 1er mai 2018.* »

La Cour souligne qu'il appartient, en principe, au législateur, lorsqu'il décide d'introduire une nouvelle réglementation, d'estimer s'il est nécessaire ou opportun d'assortir celle-ci de dispositions transitoires. Le principe d'égalité et de non-discrimination n'est violé que si le régime transitoire ou son absence entraîne une différence de traitement dénuée de justification raisonnable ou s'il est porté une atteinte excessive au principe de la confiance légitime. En l'espèce, la Cour considère que:

« *(...) la circonstance que la procédure de faillite était en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 11 août 2017 ou que la faillite a été déclarée après cette date constitue un critère objectif qui permet de déterminer sans difficulté l'ensemble de la réglementation applicable à la faillite. Un tel critère est également pertinent au regard de la réforme ainsi opérée. Il ne serait en effet pas cohérent d'appliquer immédiatement aux faillites en cours, régies par la loi du 8 août 1997 sur les faillites, certains éléments du nouveau régime instauré par la loi du 11 août 2017.*

Il n'est pas davantage porté une atteinte disproportionnée à la confiance légitime des faillis dont la procédure de faillite était en cours à la date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions prévues pour les faillites dans le Code de droit économique, puisqu'ils sont toujours soumis aux disposi-

210. Art. XX.139 CDE.

211. Voy. sur les controverses, S. BAEYENS, « Faillissement en lopende overeenkomsten. Een rechtsvergelijkende analyse van artikel XX.139 WER », *T.P.R.*, 2019, pp. 945-947; F. DE LEO, « Lopende overeenkomsten bij faillissement: niet-uitvoeren is niet hetzelfde dan beëindigen », *T.R.V.-R.P.S.*, 2020, 114-119; F. GEORGE, « L'article 46 de la loi sur les faillites et les sanctions contractuelles » (note sous sous Cass., 2 septembre 2020), *R.D.C.*, 2020, pp. 1052-1066.

212. C.C., 18 juin 2020, n° 88/2020, www.const-court.be.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021

strada lex

tions de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, sur la base de laquelle leur faillite a été déclarée. Une telle mesure permet au contraire de garantir la prévisibilité des dispositions applicables à l'ensemble des acteurs concernés par la faillite, dont les intérêts divergents doivent être mis en équilibre. »

D. Considérations prospectives

44. La directive sur les cadres de restructuration préventive.[213] Le dessaisissement est le grand absent de la directive sur les cadres de restructuration préventive. Seul le considérant 24 en fait tout au plus mention en précisant, de manière incidente « qu'une procédure d'insolvabilité entraîne, normalement, un dessaisissement total du débiteur et la désignation d'un liquidateur ».

Le second axe du *fresh start* nous paraît ici sous-estimé. Les incidences pratiques du nouvel article XX.110 sont en effet, sur le terrain, substantielles.

Partant, il est permis d'espérer que le régime instauré par l'article XX.110 soit davantage précisé vu les incertitudes qui émaillent cette matière tandis qu'une réflexion plus générale des deux axes du *fresh start* mériterait d'être initiée au niveau européen.

CONCLUSIONS

45. La réforme du Livre XX a tenu, d'un point de vue scientifique, toutes ses promesses. Les modifications apportées par le législateur ont animé avec ferveur doctrine et jurisprudence. Même si plusieurs arrêts de principe de nos Hautes Juridictions sont venus sonner le glas de certaines controverses, d'autres arrêts sont toujours attendus sur des questions âprement disputées. La transposition attendue de la directive sur les cadres de restructuration ne manquera certainement pas de consolider cet édifice ancien marqué par les épreuves du temps et l'évolution des mentalités.

« Cette petite histoire d'une grande idée »[214] n'a pas encore fini son petit bout de chemin …

213. Directive (UE) n° 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) n° 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité) (*J.O.*, L. 172 du 26 juin 2019).

214. Voy. le titre de la contribution de B. INGHELS parue dans le n° 4 de la *Revue de droit commercial* en 2007.

Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, ses principes et son actualité
www.stradalex.com - 29/10/2021