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

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le fresh start, sauce belge

George, Florence

Published in:
L'influence du droit européen en droit économique

Publication date:
2022

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
George, F 2022, Le fresh start, sauce belge. Dans *L'influence du droit européen en droit économique: Liber Amicorum Denis Philippe.* Larcier , Bruxelles, p. 369-410.

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: 04. May. 2024

Le *fresh start*, sauce belge[1]

Florence George

Chargée de cours à l'UNamur, chargée de cours invitée à l'UCLouvain
Avocate au barreau de Liège-Huy

Section 1. Introduction

1. Hommage au dédicataire. Dans un premier temps, faire écho dans notre contribution à la passion que voue Denis Philippe pour le droit comparé et le droit européen nous a paru primordial.

Pour arrêter un sujet plus précis, nous avions, ensuite, l'embarras du choix. Ce passionné manie en effet toutes les branches du droit avec beaucoup d'aisance et d'assurance.

Le dédicataire de cet ouvrage arbore, en outre et à l'instar du curateur, plusieurs casquettes : celle de Professeur à l'UCLouvain d'une part, celle d'avocat au barreau de Bruxelles d'autre part.

Tantôt, nous rencontrions Monsieur le Professeur, d'abord en tant qu'étudiante, puis comme assistante et collègue, arpentant les couloirs du Centre de droit privé en vue de dispenser le cours de droit européen des contrats. Tantôt, nous échangions avec beaucoup de confraternité sur des sujets pointus et féconds.

Mais Denis Philippe n'est pas Janus, ce dieu romain aux deux visages et à l'expression sévère. Bien au contraire, Denis est un pragmatique, dont la bonhomie semble viscérale. Son réseau de relations privées et professionnelles aux ramifications infinies atteste à suffisance son caractère chaleureux, la confiance qu'il témoigne à autrui et sa grande empathie.

Le nom « Philippe (& Partners) », fleuron de sa réussite professionnelle résonnant tant dans les palais bruxellois que luxembourgeois, masque une personne très humaine et à l'écoute, toujours prête à saisir les occasions qui s'offrent à elle.

---

1 La présente contribution s'inspire notamment des développements publiés dans notre dissertation doctorale (F. George, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?,* Bruxelles, Larcier, 2018, 1372 p.) ainsi que dans un article rédigé avec N. Ouchinsky (« Le *fresh start*, ses principes et son actualité », *RDC*, 2021, pp. 689-717).

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

L'examen du *fresh start,* notion juridique aux multiples ramifications notamment anglo-saxonnes, inspirée de considérations humaines et ayant pour objectif de permettre à tout un chacun de rebondir et de saisir de nouvelles opportunités, s'est donc rapidement imposé comme une évidence.

2. Le *fresh start* et la loi du 8 août 1997. La notion de « *fresh start* » ou plus exactement de la « *discharge* » est apparue au XVIIIe siècle en Angleterre et au XIXe siècle aux États-Unis[2].

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* »[3]. 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* »[4].

Le concept n'est cependant apparu que beaucoup plus tard dans notre contrée. Il faut en effet attendre la loi du 8 août 1997 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 loi du 8 août 1997[5]. 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[6].

---

2 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 », *RIDC*, 2004, pp. 655-674.

3 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, 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 ».

4 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* ».

5 C. Matray, « L'excusabilité du failli », *RRD,* 1998, pp. 261-277 ; G.-A. Dal, « L'excusabilité (1998-2001) », *JT,* 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, Academia-Bruylant, 1997, pp. 163-171 ; J. Windey, « L'excusabilité du failli », *RDC,* 1999, pp. 168-178.

6 X., « Déclaration d'excusabilité et "cautions de bienfaisance" », *Bilan,* 2001, liv. 414, p. 1.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

3. Le *fresh start* et le livre XX : un mécanisme à double détente. La loi du 11 août 2017[7] a franchi un pas de plus en faveur du *fresh start*. Le nouveau départ est promu au travers de deux mécanismes. D'une part, le système de l'excusabilité est remplacé par un système d'effacement automatique de dettes. D'autre part, l'article 16 de la loi sur les faillites[8] est modifié en ce sens que le dessaisissement ne vise désormais plus les biens que le failli acquiert entre le jugement déclaratif de faillite et le jugement de clôture.

Ces deux facettes du *fresh start* constitueront donc le fil rouge de notre contribution.

4. Plan. Dans un premier temps, nous examinerons l'effacement de dettes (Section 1). Nous reviendrons sur les origines de l'effacement de dettes (§ 1) avant d'examiner les apports de la réforme (§ 2). Nous mettrons ensuite en exergue les pierres d'achoppement du nouveau régime et la jurisprudence souvent contrastée rendue en la matière (§ 3). Enfin, *de lege ferenda*, les évolutions issues du droit européen seront mises en perspective (§ 4).

Dans un second temps, notre regard se portera sur la nouvelle mouture du dessaisissement (Section 2). Après avoir rappelé le régime applicable sous l'empire de la loi du 1997 (§ 1), nous pointerons les réelles avancées de la réforme (§ 2) avec le lot d'incertitudes qu'elles charrient (§ 3).

Section 2. L'effacement

§ 1. À l'origine en droit belge : l'excusabilité

5. La loi du 8 août 1997[9] : l'excusabilité du failli. En principe, le débiteur failli reste tenu, après la clôture de la faillite, du passif non apuré. Ce principe souffre, avec la loi du 8 août 1997, une exception de taille. Inspirée par la doctrine américaine du *fresh start*[10], un mécanisme d'excusabilité est instauré par le législateur. Il permet au débiteur

7 Loi du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *MB*, 17 septembre 2018.

8 Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *MB*, 28 octobre 1997.

9 Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *MB*, 28 octobre 1997.

10 Voy. I. Verougstraete, « Du *fresh start* à l'excusabilité », in Université catholique de Louvain. Centre d'études Jean Renauld, *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 545-569.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

personne physique de bénéficier d'un nouveau départ et d'effacer les stigmates de sa faillite[11].

Le régime de l'excusabilité figure aux articles 73, 79, 80 et 82 de la loi du 8 août 1997. Il subit plusieurs modifications importantes avec l'adoption de la loi du 4 septembre 2002[12] et celle du 20 juillet 2005[13].

L'objectif est d'éviter que les faillis ne doivent, durant toute leur vie, céder tout revenu saisissable ou tout bien qu'ils acquièrent à leurs créanciers[14]. Seules les personnes physiques[15] peuvent bénéficier de l'excusabilité, même si tel n'a pas toujours été le cas[16].

Les conditions d'octroi sont doubles. D'une part, le failli doit être malheureux et de bonne foi[17] ce qui implique une certaine latitude laissée aux tribunaux qui statueront sur base d'un faisceau d'éléments[18]. D'autre part, il ne doit pas exister de circonstances graves dans le chef du failli[19].

L'excusabilité n'éteint pas les dettes du failli antérieures au jugement déclaratif de faillite, elle ne fait qu'en suspendre l'exigibilité et n'a d'effet que pour l'avenir[20]. S'il est déclaré excusable, le failli ne pourra plus être poursuivi par ses créanciers. Rien ne s'oppose toutefois à ce que le failli

11 A. Zenner, *Dépistages, Faillites et Concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 418 ; B. Vander Meulen, D. Vercruysse, *Praktische gids voor faillissementscuratoren,* Deel 1, Malines, Kluwer, 2007, pp. 616 et s. ; M. Lemal, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 49 et s.

12 Loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *MB*, 21 septembre 2002.

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

14 X., « Déclaration d'excusabilité et "cautions de bienfaisance" », *Bilan,* 2001, liv. 414, p. 1.

15 Voy. Article 81 de la loi sur les faillites [XX. 173 et s. CDE].

16 Initialement, dans la loi du 8 août 1997, les personnes morales n'étaient pas exclues du champ d'application de l'excusabilité. C'est la loi du 4 septembre 2002 qui en a exclu les personnes morales (Loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *MB,* 21 septembre 2002). Voy. M. Lemal, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 50.

17 Voy. Article 80, alinéa 2, § 2 de la 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).

18 P. Jehasse, *La faillite*, Liège, Edipro, 2006, p. 148.

19 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 Ch. Biquet-Mathieu, C. Alter *et al.*, *Sûretés et procédures collectives*, CUP, vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, p. 110.

20 F. T'Kint et W. Derijcke, *La faillite*, *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 371.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

s'exécute volontairement[21]. Le cas échéant, s'il paye une dette due, le failli ne pourra la réclamer par une action ultérieure[22].

L'excusabilité a une portée très large. Elle vise « toutes les dettes du failli y compris fiscales et privées qui sont nées au moment du jugement déclaratif de faillite[23] 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 »[24]. Il s'agit des deux seules exclusions prévues par le législateur. On y ajoute les dettes de la masse conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 5 octobre 2007[25], la Cour énonce en effet 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 est prononcée par le tribunal de commerce soit à l'occasion de la clôture de la faillite[26], soit, lorsque la demande en est faite par le failli, dans un délai de six mois à dater du jugement déclaratif de faillite (excusabilité anticipée). Ce délai doit permettre, à la fois, au tribunal de recueillir suffisamment d'informations sur la faillite et, au failli, d'éviter d'attendre pendant de longues années une décision d'excusabilité.

Dans l'hypothèse d'une excusabilité anticipée, les actifs échus au failli après cette excusabilité restent dans l'escarcelle de la faillite et ne reviennent pas au failli[27].

---

21 F. T'Kint et W. Derijcke, *La faillite*, *Rép. not.*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 371.

22 A. Chamberod, « Actualité sur quelques points choisis », in M. Grégoire, *Actualité du droit des procédures collectives,* Bruxelles, Bruylant, p. 8.

23 « 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 », *RFDL*, 2012, p. 541). Voy. Cass., 5 octobre 2007, *JLMB*, 2008, p. 11, *Pas.*, 2007, I, p. 1709 ; Liège, 11 février 2008, *JLMB*, 2008, p. 1238.

24 P. Jehasse, *La faillite*, Liège, Edipro, 2006, p. 152 ; P. Cavenaile, T. Cavenaile, « La situation du débiteur failli, du conjoint et des cautions dans la loi du 8 août 1997 sur les faillites », in Ch. Biquet-Mathieu, C. Alter *et al.*, *Sûretés et procédures collectives*, CUP, vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 112 et s. ; article 82, al. 2 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *MB,* 28 octobre 1997.

25 Cass., 5 octobre 2007, F.06.0047.F, *Arr. Cass*. 2007, p. 1852, *JLMB*, 2008, p. 11, *Pas.*, 2007, p. 1709, *RW,* 2010-11, p. 725. Voy. également, Liège, 11 février 2008, *JLMB*, 2008, p. 1238.

26 L'excusabilité est toujours examinée par le tribunal.

27 Voy. Comm. Liège, 21 mai 2013, *inédit*, RG, n° A/13/773 ; Liège, 3 octobre 2013, *inédit*, RG, 2013/RG/970 ; Cass., 25 septembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 1990, *JLMB*, 2015, p. 404, *RDC*, 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, *RDC*, 2015, pp. 576-583.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

§ 2. La réforme du droit de l'insolvabilité

6. Une réforme inspirée du droit européen. Le projet de loi ayant abouti à l'adoption de la loi du 11 août 2017 entendait clairement « promouvoir la seconde chance qui encourage l'entrepreneuriat et permet un nouveau départ »[28]. Le législateur belge entend éviter le caractère stigmatisant de l'échec[29]. Cette volonté s'inscrit dans la droite ligne des recommandations[30] de la commission qui prône l'adoption d'une nouvelle approche en matière d'insolvabilité des entreprises. Des normes minimales pour l'apurement des dettes des entrepreneurs faillis sont prévues. On retrouve cette même idée, à l'époque, dans la Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil[31].

La Commission expose 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 »[32].

Elle promeut 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

28 Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 3.

29 Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par Dirk Janssens et Ann Vanheste, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 4.

30 Recommandation de la commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_fr.pdf. Voy. également, Communiqué de presse de la commission européenne du 12 mars 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-254_fr.htm.

31 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 2012/30/UE, www.eur-lex.europa.eu.

32 Recommandation de la commission du 12 mars 2014 relative à une nouvelle approche en matière de défaillances et d'insolvabilité des entreprises, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_fr.pdf.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

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

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

7. La consécration de l'effacement : l'article 173 du Code de droit économique (CDE)[34]. 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,

33 *Ibid.*

34 Voy. sur l'effacement, I. Verougstraete, *Manuel de l'insolvabilité des entreprises*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, pp. 1195 et s. ; 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 », *RDC-TBH*, 2018/3, pp. 266-280 ; A. Zenner, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 1072 et s.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

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. À 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 qu'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 se mue en un régime d'effacement de dettes qui présente désormais, sauf exceptions, un caractère automatique[35]. Le législateur rompt dès lors avec les conditions de malheur et de bonne foi fixées à l'article 80 de la loi du 8 août 1997 qui ne sont désormais plus exigées[36].

L'effacement automatique des dettes est cependant balisé.

D'une part, il incombe au failli de demander l'effacement de ses dettes résiduaires[37]. Soit le failli sollicite l'effacement au moment de l'aveu de faillite,

35 Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 89.

36 Voy. sur ces critères, C. Musch, « Faillite et règlement collectif de dettes : excusabilité versus remise de dettes », *RFDL*, 2012, p. 535.

37 Voy. Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 97.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

soit il le requiert par demande séparée dans les trois mois de la déclaration de faillite (voy. sur ce délai, *infra* n° 9 et s.). La demande d'effacement entraîne alors une libération automatique du failli[38] par le fait de la clôture. Le failli peut toutefois solliciter par requête que le tribunal n'attende pas la clôture et se prononce sur l'effacement et ce dès l'écoulement d'un délai de six mois. À défaut de se prononcer dans le délai d'un an, le tribunal devra justifier son abstention. Il se prononce au plus tard lors du jugement de clôture[39].

D'autre part, dans certains cas exceptionnels et afin d'éviter l'effacement de dettes en présence de faillites frauduleuses, il est permis à tout intéressé de s'opposer totalement ou partiellement à cet effacement[40] en cas de faute grave et caractérisée[41] (article XX.173, § 3 CDE). Partant, tant le curateur que le ministère public disposent d'un levier d'action. La demande de refus d'effacement peut être préventive ou curative – sous la forme d'une tierce opposition[42] – selon qu'elle est introduite avant ou après le jugement d'effacement[43]. Le délai pour former cette tierce opposition est de trois mois à compter de la publication du jugement octroyant l'effacement.

---

38 Deux amendements n°s 78 et 134 furent déposés relativement à cet article (Voy. Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la deuxième lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par Dirk Janssens, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 2407/008, pp. 28-29). L'objectif est de prévoir plus de garanties pour éviter les abus. Suite à l'adoption de l'amendement n° 134, le paragraphe 3 de l'alinéa 1er de l'article XX.173 est modifié et prévoit que les intéressés peuvent faire entendre leur voix s'ils ne sont pas d'accord avec l'effacement (Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 2407/006, p. 70).

39 À titre exceptionnel, lorsque la clôture de la faillite intervient dans les trois mois à compter du jugement déclaratif et avant que la requête du failli n'ait été déposée, le tribunal devra se prononcer dans le mois de la demande.

40 Projet de loi portant insertion du livre XX, « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 97.

41 Notons que les « circonstances graves » envisagées par le législateur dans la loi de 1997 « s'articulent essentiellement autour de la notion de manquements du commerçant se trouvant à l'origine de la faillite. Il s'agit en d'autres termes de toute "faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite" » (G. Stevens, « L'excusabilité du failli depuis la loi du 4 décembre 2002 », http://www.businessandlaw.be/article 538.html). Le projet de loi reformule donc cette condition et l'érige en seul et unique obstacle à l'octroi de l'effacement.

42 Par requête visée à l'article 1034*bis* du Code judiciaire.

43 Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/006, p. 71.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

À l'instar du régime issu de la loi du 8 août 1997, l'effacement ne vise pas 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 »[44].

Lorsque le débiteur n'obtient pas le bénéfice de l'effacement, « le créancier recouvre ses droits et peut, en l'absence d'un titre exécutoire, obtenir un jugement du tribunal pour sa créance. À l'inverse, si le créancier a déjà un titre exécutoire, il peut procéder à la mise en œuvre selon le droit commun de l'exécution forcée »[45].

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

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

8. Une philosophie nouvelle. Les décisions rendues en matière d'effacement mettent 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 »[46].

Ainsi dans sa décision du 19 janvier 2021, le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division de Charleroi, énonce que « Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 11 août 2017 ayant inséré le livre XX dans le Code de droit économique, "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" »[47].

44 Article XX.173, § 1er, alinéa 2 CDE.

45 Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 98.

46 Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/001, p. 97.

47 Entr. Hainaut (div. Charleroi), 19 janvier 2021, R.G. nos 0/18/00327, N/20/00013, N/20/00075, *JLMB*, 2021, p. 1170.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

B. La nature du délai pour solliciter l'effacement

9. 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**[48] 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[49], tandis qu'une frange plus isolée d'auteurs lui déniait cette nature[50].

10. 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[51] et du 3 juin 2019[52], 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 emboîte le pas dans son arrêt du 19 décembre 2019 à l'occasion duquel elle décide que « la volonté de 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) ».

---

48 Nous mettons en gras.

49 Y. Godfroid, « La liquidation des entreprises en difficulté », in *Les réformes du droit économique : premières applications*, CUP, 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 », *RDC*, 2018, p. 268 ; N. Ouchinsky, « Les innovations du livre XX du Code de droit économique en matière de faillite – questions choisies », in A. Zenner, *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 547.

50 W. Derijcke, « De l'excusabilité du failli à l'effacement de ses dettes », in A. Despontin, R. Aydogdu, W. Derijcke *et al.*, *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 », *JLMB*, 2019, p. 1455.

51 Gand, 6 mai 2019, *TIBR*, 2020, p. 3.

52 Gand, 3 juin 2019, *RDC*, 2020, p. 783.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

Elle 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 (voy. A. Decroes, « Les délais préfix (ou de forclusion) », *JT*, 2007, pp. 871-874) » et conclut que « c'est dès lors à juste titre que le premier juge a qualifié le délai de trois mois de préfix »[53].

À la faveur 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 : « 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 trois 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 l'article 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 ».

11. Un arrêt qui fait du bruit. L'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 22 avril 2021[54] est venu bousculer des principes qui semblaient bien établis.

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'appui, la Cour constitutionnelle rappelle, tout d'abord, 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[55]. 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

53 Bruxelles, 19 décembre 2019, *JLMB*, 2021, p. 335.
54 C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, www.const-court.be.
55 C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, Pt B.4.1., www.const-court.be.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

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 ni 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 »[56].

Ensuite, la Cour s'attache 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[57].

De surcroît, le délai de forclusion en cause ne saurait 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…[58]

La Cour considère dès lors 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 » 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 ».

Par conséquent, la Cour répond par l'affirmative à la question préjudicielle posée.

Elle met définitivement un terme au courant jurisprudentiel majoritaire selon lequel le délai de trois mois prévu à l'article XX.173 constitue un délai préfix. 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.

56 C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, Pt B.5.1., www.const-court.be.
57 C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, Pt B.5.2., www.const-court.be.
58 C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, Pt B.5.3., www.const-court.be.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

12. L'annulation subséquente[59]**.** Saisie d'un recours en annulation, la Cour constitutionnelle, dans un arrêt du 21 octobre 2021[60], va finalement annuler l'article XX.173, § 2. La Cour renvoie à la motivation de l'arrêt précité rendu sur question préjudicielle n° 62/2021 du 22 avril 2021. Elle considère que « Pour des motifs identiques à ceux qui ont été exposés dans l'arrêt n° 62/2021 précité, le moyen unique est fondé ». « L'annulation s'impose *erga omnes*, tant aux juridictions qu'à l'administration ou aux particuliers »[61]. Cet arrêt d'annulation offre de nouvelles perspectives au failli. D'une part, les faillis hors délai qui n'avaient pas fait le choix de solliciter l'effacement pourront introduire une demande sans risquer d'être frappés de déchéance. D'autre part, les faillis à l'égard desquels une sanction de déchéance avait été prononcée pourront solliciter la « rétractation de ces décisions passées en force de chose jugée pendant une période de 6 mois à compter de la publication de cet arrêt (article 16 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle) »[62]. Ainsi que le souligne G. Rue « Pour ce faire, la demande en rétractation doit être portée devant la juridiction qui a rendu la décision par le biais d'une citation contenant l'énoncé des moyens et ce, dans les six mois à dater de la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle au Moniteur belge »[63]. Les faillis pourront ensuite réintroduire une demande d'effacement.

La balle est donc actuellement dans le camp du législateur…

13. Analyse de la proposition de loi du 26 janvier 2022[64]**.** A la suite de l'arrêt d'annulation, le législateur s'est vu contraint de revoir sa copie. Une proposition de loi a donc été déposée le 26 janvier 2022 en vue de modifier l'article XX.173. L'article 5 de la proposition de loi précitée prévoit que **:**

> **«** *Dans l'article XX.173 du Code de droit économique, inséré par la loi du 11 août 2017 et modifié par la loi du 15 avril 2018, les modifications suivantes sont apportées :*
>
> *1° le § 2, partiellement annulé par l'arrêt n° 151/2021 de la Cour constitutionnelle, est remplacé par un paragraphe rédigé comme suit : "§ 2. Sans préjudice*

59 Voy. F. Ledain, « La Cour constitutionnelle annule l'article XX.173, § 2, du Code de droit économique en ce qu'il prévoit que le failli-personne physique qui n'introduit pas une requête en effacement du solde des dettes dans le délai de forclusion de trois mois après la publication du jugement de faillite perd irrévocablement le droit à cet effacement », *Sem. Fisc.*, 2021/43, n° 498, pp. 3-5.

60 C.C., 21 octobre 2021, n° 151/2021, www.const-court.be.

61 G. Rosoux, *Contentieux constitutionnel*, 1re édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 690.

62 G. Rue, « Le délai pour introduire une demande d'effacement de la dette du failli est annulé », *BULLPROC*, 2022/17, p. 11-12.

63 *Ibidem*.

64 Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'effacement du solde des dettes des faillis-personnes physiques, *Doc. Parl.*, Ch. repr., 2021-2022, 55, n° 2454.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

du § 1er, la clôture de la faillite visée à l'article XX.135 et la clôture visée à l'article XX.171 libèrent le débiteur du solde de ses dettes." ;

2° dans le § 3, alinéa 1er, la première phrase est complétée par les mots "ou a sciemment omis de fournir des informations, ou a fourni des informations incorrectes en réponse aux demandes du curateur ou du juge-commissaire" et dans la deuxième phrase, les mots "publication du jugement accordant l'effacement" sont remplacés par les mots "publication du jugement de clôture de la faillite" ;

3° dans le § 3, alinéa 2, les mots "accordant partiellement ou refusant entièrement l'effacement" sont remplacés par les mots "refusant partiellement ou entièrement l'effacement" ;

4° le § 3 est complété par un alinéa rédigé comme suit : "Le jugement refusant partiellement ou entièrement l'effacement est publié par extrait au Moniteur belge par le greffier." ».

Plusieurs modifications sont à épingler.

Tout d'abord, l'effacement n'est plus conditionné à l'introduction d'une demande.

Comme l'indiquent les travaux préparatoires, « Pour répondre aux arrêts de la Cour constitutionnelle, il semble judicieux de simplifier le régime de l'effacement en abrogeant l'exigence de la demande formelle d'effacement. Le failli ne devra dès lors plus demander l'effacement, qui lui sera accordé de droit, et qui découlera automatiquement du jugement de clôture »[65].

Ensuite, l'effacement anticipé semble abandonné. Cet abandon n'est guère explicité dans les travaux préparatoires. Tout au plus, peut-on lire que « Il est ainsi devenu inutile de préciser que le failli peut demander l'effacement à un stade précoce. Il peut considérer que cet effacement est acquis sauf si le curateur ou des tiers s'y opposent. Si les tiers peuvent s'opposer à l'effacement à tout moment, le failli lui-même est dans l'impossibilité de demander une décision déclaratoire de droits le libérant du solde des dettes tandis que la liquidation est toujours en cours et qu'un comportement inadéquat pourrait encore être constaté »[66].

Enfin, la possibilité de refuser l'effacement peut également découler d'une absence patente de collaboration du failli avec le curateur (omission d'information ou transmission d'informations incomplètes). L'article 4 de la proposition de loi ouvre par ailleurs la possibilité, à l'article XX.135, §1er et XX.171 au curateur de solliciter le refus d'effacement lors de sa demande de clôture.

65 Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'effacement du solde des dettes des faillis-personnes physiques, *Doc. Parl.*, Ch. repr., 2021-2022, 55, n°2454, p. 6.

66 Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'effacement du solde des dettes des faillis-personnes physiques, *Doc. Parl.*, Ch. repr., 2021-2022, 55, n°2454, p. 8.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

C. 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

14. La faculté pour les tiers intéressés de s'opposer à l'effacement. L'examen en commission de la proposition d'article XX.173 avait déjà donné lieu à beaucoup de réticences. Des voix s'étaient rapidement élevées pour réclamer davantage de balises. L'absence de marge de manœuvre du juge était déplorée[67] tandis que le caractère automatique de l'effacement laissait perplexe.

La faculté offerte aux tiers intéressés à l'article XX.173, § 3[68], de s'opposer à l'effacement soit totalement soit partiellement participe à cette volonté de canaliser les dérives.

La pratique démontre l'utilité de ce garde-fou. La jurisprudence relative à l'existence de faute grave et caractérisée est plutôt abondante.

Nous en dégageons ci-après les grandes tendances.

Tout d'abord, comme le rappelle le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Charleroi,

> « 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** »[69-70].

67 Projet de loi portant insertion du livre XX, « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Rapport de la première lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par Dirk Janssens et Ann Vanheste, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 2407/004, p. 13, p. 53, p. 113.

68 « 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 qu'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 ».

69 Nous mettons en gras.

70 Entr. Hainaut (div. Charleroi), 19 janvier 2021, RG n°s 0/18/00327, N/20/00013, N/20/00075, *JLMB*, 2021, p. 1170.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

Les manquements postérieurs à la faillite, tels que la mauvaise collaboration du failli, ne paraissent pas pouvoir être invoqués comme motifs justifiant un refus de l'effacement vu les termes employés à l'article XX.173 CDE (« contribuer à »)[71].

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 »[72].

À 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 »[73].

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 faillite 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 euros, un refus total d'effacement imposerait à Madame X 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 X 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.

71 Entr. Anvers, 12 juillet 2018, *RDC*, 2020, p. 797 ; D. Pasteger et P. Vandeweyer, « Examen de jurisprudence en matière d'effacement (et d'excusabilité) : exorde (et épilogue) », *RDC*, 2020, pp. 751 et s. Voy. sur les modifications envisagées par la proposition de loi réformant l'article XX.173, *supra*, n° 13.

72 Entr. Hainaut (div. Tournai), 8 décembre 2020, RG n° 0/20/00068, *JLMB*, 2021, p. 1167.

73 Entr. Hainaut (div. Charleroi), 19 janvier 2021, RG n°s 0/18/00327, N/20/00013, N/20/00075, *JLMB*, 2021, p. 1170.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

> Eu égard aux montants respectifs du passif de la faillite et des revenus de Madame X, il y a lieu de réduire l'ensemble des dettes admises au passif de la faillite de cette dernière de *75* % »[74].

15. Les autres remèdes face aux abus. Les cours et tribunaux n'ont pas manqué par ailleurs d'enserrer le mécanisme dans certaines limites en recourant à la théorie de l'abus de droit et à la fraude à la loi.

Ainsi, dans son jugement du 11 septembre 2020[75], le tribunal de l'entreprise de Liège, division Neufchâteau, refuse l'effacement en présence d'un failli qui avait adopté le statut d'indépendant complémentaire afin d'invoquer son état d'insolvabilité (dette à concurrence de plus de 300 000 euros) et bénéficier de l'effacement. Le tribunal décide que

> « son inscription à la BCE pour une activité complémentaire d'indépendant ayant généré un chiffre d'affaires de 1 680 euros sur une période de 8 mois, alors qu'il perçoit un revenu net de salarié de 3 500 euros par mois, suivie d'un aveu de faillite après cette période, constitue clairement une manœuvre destinée à obtenir l'effacement des importantes dettes nées avant le début d'activité et totalement étrangères à celle-ci ». Et le tribunal d'ajouter que « le failli ne pouvait ignorer à la date de son inscription à la BCE […] que sa faillite était inéluctable, les revenus de sa maigre activité d'indépendant ne pouvant servir à apurer le passif préexistant ». Par conséquent, le tribunal considère que « 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 ». Le fait qu'un droit soit reconnu par la loi au failli, n'empêche en effet pas que l'usage de droit soit abusif lorsque l'avantage procuré étant hors de proportion avec le préjudice causé à autrui.
>
> La théorie de l'abus de droit peut également être invoquée en amont en présence d'un aveu de faillite abusif. C'est ainsi, par exemple, que le tribunal de l'entreprise de Gand, division Gand[76], saisi d'une tierce opposition introduite par le curateur, a réformé le jugement déclaratif de faillite vu l'adoption fictive par le débiteur du statut d'entreprise « […] le tribunal ne peut que conclure que le débiteur n'a exercé aucune activité à titre indépendant depuis la faillite de sa société […] 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 médiation de dettes collectives. En d'autres termes, il s'agit d'un abus ».

---

74 Entr. Hainaut (div. Charleroi), 19 janvier 2021, RG n°s 0/18/00327, N/20/00013, N/20/00075, *JLMB*, 2021, p. 1170.

75 Entr. Liège, div. Neufchâteau, 11 septembre 2020, *inédit,* RG, n° O/19/00124 ; N/20/00091.

76 Entr. Gand, div. Gand, 6 octobre 2020, *inédit*, RG, n° O/20/00368.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

D. Le pouvoir d'interdiction du tribunal

16. Les mesures d'interdiction. L'article XX.173, § 3 CDE entretient par ailleurs des liens étroits avec l'article XX.229 du même Code qui octroie au tribunal de l'insolvabilité la faculté de prononcer une mesure d'interdiction en présence d'une faute grave et caractérisée du débiteur failli (ou des personnes assimilées) ayant contribué à la faillite.

Aux termes de l'article XX.229 CDE, il est en effet prévu :

> « § 1er. 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.
>
> § 2. 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, 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 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.
>
> Le tribunal statue sur l'interdiction après la citation prévue à l'article XX.230 ou d'office et compte tenu de l'article XX.231 en cas de clôture de la faillite.
>
> § 3. 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.
>
> § 4. En outre, 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.
> § 5. La durée de cette interdiction est fixée par le tribunal conformément aux paragraphes 1er, 3 et 4. Elle ne peut excéder dix ans.
>
> La durée de l'interdiction visée au paragraphe 2 est fixée par le tribunal. Elle s'élève à trois ans.
>
> § 6. Le tribunal peut assortir l'interdiction d'un sursis pour une durée de trois ans ou suspendre le prononcé pour une même durée ».

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

Les tribunaux n'ont pas tardé à faire usage de cette faculté.

Dans son jugement du 12 janvier 2021[77], le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Tournai, décide que « Eu égard à la gravité des fautes mises en exergue à charge de M. 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 M. B. à titre personnel ou comme dirigeant d'entreprises rôle, le tribunal dira la demande fondée dans son principe et prononcera une interdiction de six années ».

On épingle encore deux jugements rendus respectivement par le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Mons, le 8 février 2021[78] et le tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Tournai, le 8 décembre 2020[79]. Aux termes de ces deux décisions, 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 faillite 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 se rallie en tout point à la doctrine qui énonce qu'« 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 »[80].

E. Les questions en suspens

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

En marge de la notion même d'effacement[81] qui demeure étrangère à notre droit des obligations, de nombreuses questions restent en suspens[82].

77 Entr. Hainaut, div. Tournai, 12 janvier 2021, *inédit,* RG, n° O/20/00140.

78 Entr. Hainaut (div. Mons), 8 février 2021, RG n° 0/19/00243, *JLMB*, 2021, p. 1174.

79 Entr. Hainaut (div. Tournai), 8 décembre 2020, RG n° 0/20/00068, *JLMB*, 2021, p. 1167.

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

81 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.

82 On pense notamment à la portée à conférer à l'article 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 société lorsque, après la mise en faillite de ces sociétés, ce sont les dirigeants eux-mêmes qui sollicitent leur admission à la faillite.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

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

18. L'effacement et les dettes de la masse. Sous le régime de l'excusabilité, après la clôture de la faillite, le failli demeurait personnellement tenu de payer les dettes de la masse non couvertes par l'actif de la faillite[83] et ce, indépendamment d'une éventuelle excusabilité prononcée en sa faveur[84].

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 »[85].

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.

19. 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[86].

Dans son jugement du 17 mai 2021[87], 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,

83 J. Van Rijn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 321, n° 2779.

84 M. Lemal, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 131, n° 166.

85 Cass., 5 octobre 2007, *JLMB*, 2008, p. 15.

86 En l'espèce, c'est en effet la loi du 8 août 1997 qui trouvait encore à s'appliquer.

87 Entr. Hainaut, div. Tournai, 17 mai 2021, *inédit*, RG, n° V/20/00001.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

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 LF (XX.170 CDE) qui prévoit que le solde positif revient au failli[88].

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

> « L'article 1385*sexies* 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

88 L'article XX.170 du 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 ».

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

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 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"[89] ». 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 entrainent-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 ? »

Même 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.

20. L'effacement et l'obligation de restitution de somme. Suivant l'article 1398, alinéa 1, 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 ?

89 B. INGHELS, « Petite histoire d'une grande idée : l'excusabilité », *RDC*, 2007/4, p. 314, n° 21. L'effacement prévu par l'article XX.173 du Code de droit économique 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).

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

Dans une espèce où une partie avait poursuivi l'exécution d'un jugement avant d'être déclaré en faillite, la cour d'appel de Bruxelles avait considéré que l'obligation de restitution, fondée sur l'article 1398, alinéa 1, 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[90], 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 ».

§ 4. La directive sur les cadres de restructuration préventive[91-92]

21. Les objectifs poursuivis au niveau européen. Les remises de dettes et déchéances sont au cœur des préoccupations récemment exprimées par législateur européen.

La directive 2019/1023 adoptée sur le fondement de l'article 114 du TFUE a en effet 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 »[93].

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

90 Cass., 18 mars 2021, www.juridat.be

91 Directive 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) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité), *JO*, L172 du 26 juin 2019.

92 Voy. sur cette directive, N. Picod, « La directive Restructuration et insolvabilité du 6 juin 2019 : tout changer pour que rien ne change », *RAE-LEA*, 2019, pp. 585-595.

93 Voy. considérant 1 de la directive.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

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 »[94].

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

22. Un droit à la remise de dette. Tout d'abord, la directive s'inscrit en faveur de la création d'un « véritable droit à la remise de dettes »[95-96].

Cette remise de dettes 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 »[97].

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

> « 1. Les États 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 États 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 États 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 États 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 ».

94 *Ibid*.

95 N. Picod, « La directive Restructuration et insolvabilité du 6 juin 2019 : tout changer pour que rien ne change », *RAE-LEA*, 2019, p. 593.

96 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 ».

97 N. Picod, « La directive Restructuration et insolvabilité du 6 juin 2019 : tout changer pour que rien ne change », *RAE-LEA*, 2019, p. 593 qui cite J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, *Les biens. Les obligations*, coll. Quadrige, PUF, 2004, n° 1269.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

23. 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[98].

L'article 21 intitulé « Délai de remise de dettes » dispose que

« 1. Les États 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 États 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 États 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 États 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 ».

24. La jonction des procédures. Notons que la directive entend éviter le recours à des procédures distinctes pour les dettes privées et professionnelles[99]. L'article 24 prévoit dès lors une jonction des procédures

98 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 ».

99 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 États membres appliquent également aux consommateurs, dès que possible, les dispositions de la présente directive concernant la remise de dette ».

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

concernant les dettes professionnelles et les dettes personnelles. Il est rédigé comme suit :

> « Article 24 Jonction des procédures concernant les dettes professionnelles et les dettes personnelles
>
> 1. Les États 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 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 États 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 ».

25. La durée des déchéances. Une limite temporelle aux déchéances qui inhibent l'entrepreneuriat[100] doit également être envisagée conformément à l'article 22 qui dispose que

> « 1. Les États 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 États 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 ».

100 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 État 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 État 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 États membres en termes d'opportunités pour un nouveau départ pourraient encourager les entrepreneurs surendettés ou insolvables à déménager dans un État 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 ».

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

26. 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 États membres de mettre en place toute une série de dérogations.

> « 1. Par dérogation aux articles 20 à 22, les États 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 États 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 États 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.
>
> 4. Les États membres peuvent exclure de la remise de dettes des classes spécifiques de créances, ou limiter la possibilité de remise de dettes ou

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

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 États 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 ».

27. 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. La Belgique a sollicité une prolongation d'un an qu'elle a obtenue.

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*[101].

Les arrêts de la Cour constitutionnelle qui énoncent 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 paraîssent s'inscrire dans la droite ligne de la directive qui entend faciliter l'accès à l'effacement en supprimant les obstacles procéduraux[102].

101 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 », *RAE-LEA*, 2019, pp. 586-587).

102 Voy. par ex. l'article 21.2 de la directive.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

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.

Section 3. Le dessaisissement

§ 1. Origine

28. Le dessaisissement sous l'empire de la loi du 8 août 1997. Sous l'empire de la loi de 1997, 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[103-104].

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[105]. Il s'agissait d'une « sorte de saisie ou de mainmise collective opérée, par l'effet de la loi, au profit des créanciers au jour de la faillite »[106].

Le dessaisissement emportait donc deux effets[107]. 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[108]. 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

103 A. Cloquet, *Les Novelles, Droit commercial,* t. IV*, Les concordats et la faillite*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 389.

104 Cass., 5 juillet 1901, *Pas.*, 1901, I, pp. 315 et s. et plus spéc. p. 333.

105 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.

106 J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 232-233. Voy. également, B. Maes et R. Bützler, « Le droit d'exécution individuelle des créanciers de la masse », note sous Cass. 26 novembre 1981, *RCJB*, 1985, p. 456, n° 8 ; A. Zenner, *Dépistages, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 269.

107 E. Thaller et J. Percerou, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, p. 143.

108 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, J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 229.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

droits patrimoniaux[109]. 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… [110]. Malgré le dessaisissement, le failli restait propriétaire de ses biens[111]. En cas de vente par le curateur, la propriété passait directement du failli à l'acquéreur[112].

Le dessaisissement était général[113] et durait toute la procédure de faillite[114]. 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[115-116].

Les biens que le failli se procurait à la suite de l'exercice d'une nouvelle activité étaient également visés par le dessaisissement[117] sous déduction des frais et

109 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.

110 E. Thaller et J. Percerou, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, p. 143.

111 G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial,* Paris, LGDJ, 1973, p. 649, n° 2957 ; F. T'Kint et W. Derijcke, *La faillite*, *Rép. not*., t. XII, *Le droit commercial et économique*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 212 ; R. Jansen, « Het complexe samenspel van samenloop, beschikkingsonbevoegdheid, en derdenbescherming », note sous Cass., 6 mars 2009, *RW*, 2009-2010, p. 362 ; I. Verougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 419.

112 L. Fredericq, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, p. 159.

113 E. Dirix et R. De Corte, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. 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. Gesquière, *Algemene beginselen insolventierecht*, Gand, Story Publishers, 2014, 135, p. 30.

114 E. Dirix et R. De Corte, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 44.

115 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.

116 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, division Namur, 22 mai 2017, *inédit*, RG, A/16/00691.

117 G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial,* Paris, LGDJ, 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.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

charges engendrés par cette nouvelle activité[118]. Il en allait de même des biens donnés ou légués au failli sous déduction des dettes qui grèvent l'actif[119].

29. Le dessaisissement sous l'empire de la loi du 8 août 1997 : les exceptions. Le principe du dessaisissement souffrait toutefois de nombreuses exceptions[120-121].

a) Échappaient, tout d'abord, au dessaisissement les droits qui ne faisaient pas partie du patrimoine du failli[122]. On y retrouvait les biens appartenant à des tiers[123], les droits tirés d'une assurance-vie contractée par le failli au profit d'un tiers[124]…

---

118 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, Éditions 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.

119 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, Éditions 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.

120 Voy. E. Thaller et J. Percerou, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, p. 684. Voy. également C. Lyon-Caen, L. Renault, *Manuel de droit commercial,* Paris, LGDJ, 1922, p. 927 ; F. T'Kint et W. Derijcke, *La faillite*, *Rép. not*., t. XII, *Le droit commercial et économique*, livre 12, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 222 et s. ; I. Verougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, pp. 419 et s. ; M. Lemal, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, pp. 16 et s.

121 Voy. sur ces exceptions, F. George, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?,* Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 403 et s.

122 Le patrimoine est défini comme « Het geheel van goederen en rechten, in geld waardeerbaar, dat aan een bepaald rechtssubject toebehoort » (K. Byttebier et N. Gesquière, *Algemene beginselen insolventierecht*, Gand, Story Publishers, 2014, p. 21. Voy. également, E. Dirix et R. De Corte, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 9). Traduction libre : « l'ensemble des biens et droits, évaluables en argent, qui appartient à un sujet de droit déterminé ».

123 Notons tout de même que le privilège du bailleur s'exerce sur tout ce qui garnit l'immeuble. Ainsi, l'assiette du privilège peut comporter des biens qui appartiennent à des tiers (voy. F. T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 228).

124 Voy. sur cette question, F. George et V. Callewaert, « Le contrat d'assurance terrestre analysé à l'aune des procédures de faillite et de réorganisation judiciaire (Partie I) », *Bull. Ass*., 2013, pp. 392-425.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

b) Les droits à caractère personnel échappaient également au dessaisissement[125]. Il était toutefois délicat de déterminer avec précision les droits et actions de nature extrapatrimoniale qui sont attachés à la personne du débiteur.

c) Tombaient encore sous l'exclusion les biens insaisissables[126]. En vertu des alinéas 2 et 3 de l'article 16, « 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 ». Les insaisissabilités prévues aux articles 1408 et s. du Code judiciaire s'appliquent ainsi à la matière de la faillite[127]. L'alinéa 3 de l'article 16 ajoutait que « sont également exclus de l'actif de la faillite les montants, sommes et paiements que le failli recueille à partir de la déclaration de la faillite, pour autant qu'ils soient insaisissables en vertu des articles 1409 à 1412 du Code judiciaire ou en vertu de lois particulières »[128]. On y retrouvait l'insaisissabilité de tout ou partie des sommes déposées sur un compte ouvert par une personne physique telle que consacrée par les articles 1411*bis* à 1411*quater* du Code judiciaire[129].

d) L'article 16, alinéa 4, de la loi sur les faillites prévoyait encore que les indemnités accordées au failli pour la réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite étaient exclues du dessaisissement[130-131].

---

125 Pour les droits strictement personnels au failli, voy. E. Thaller et J. Percerou, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. I, 2e éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1937, pp. 704 et s. ; J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 261 ; A. Cloquet, *Les Novelles, Droit commercial,* t. IV*, Les concordats et la faillite*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 393 ; M. Lemal, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 21.

126 Le débiteur sera également admis à exercer les droits et actions relatives à ces biens exclus du dessaisissement (G. Ripert et R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial,* Paris, LGDJ, 1973, p. 690).

127 E. Dirix et R. De Corte, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, t. XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, pp. 18, 45.

128 Notons que les quotités insaisissables ne sont toutefois pas d'application lors de saisies ou cessions qui découlent d'obligations alimentaires (art. 1412, al. 1, 2°, Code judiciaire). Voy. sur la question, M. E. Storme, « Paritas creditorum*, voorrang en roerende zekerheden* », *TPR*, 2006, pp. 1062 et s.

129 F. Georges, « Quatre questions de principe sur la saisie-arrêt, en particulier entre les mains des banques », in P. Wéry et I. Durant, *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, CUP, vol. 96, Liège, Anthemis, 2007, p. 87.

130 Sur la discrimination qui existait avec les autres situations de concours, voy. C. Const., 2 octobre 2008, n° 134/2008, *JT*, 2008, p. 638, *JLMB*, 2008, p. 1552, note F. Georges.

131 Il en va autrement lorsque ces fonds insaisissables servent à l'acquisition d'un bien immeuble. Dans cette hypothèse, l'insaisissabilité disparaît (F. Georges et C. Biquet-Mathieu, « Les sûretés », *Chron. not.*, vol. 50, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 53). Voy. Liège, 10 janvier 2006, *JLMB*, 2006, p. 1040 où un médié veut faire l'acquisition d'un immeuble au moyen de fonds insaisissables.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

e) Enfin, aux termes de l'article 48, alinéa 1er, de la loi sur les faillites, il était prévu que « 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 ».

§ 2. La réforme

30. L'article XX.110 et la limitation drastique du dessaisissement. La réforme met l'accent sur la seconde chance dont doit bénéficier le failli. L'effacement des dettes du failli s'accompagne d'une autre mesure destinée à permettre un rebond plus rapide du débiteur. Le dessaisissement du débiteur est dorénavant limité. L'article XX.110 du CDE prévoit, en effet, que les biens[132], 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 échappent au dessaisissement. La rémunération du failli est dorénavant exclusivement réservée à ce dernier. Le dessaisissement ne vise plus que les biens acquis pour « une cause existant avant l'ouverture de la faillite »[133]. 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 »[134]. La finale du paragraphe 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 alinéas 2 et 3) et peut en disposer.

L'incidence pratique de cette modification est considérable.

Sous l'ancien régime, le failli ne disposait que de peu d'incitants à l'exercice d'une nouvelle activité commerciale, bien qu'autorisé[135] à se

132 L'insertion des « biens » fut suggérée par le Conseil d'État (Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 2407/001, p. 310).

133 Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 2407/001, p. 83.

134 *Ibid.*, p. 83.

135 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

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

livrer à titre de salarié[136] ou d'indépendant[137], à l'exercice d'une activité nouvelle[138], qu'elle soit ou non commerciale[139]. Cette nouvelle activité[140] 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[141]. Ce faisant, l'exercice de cette activité préservait le curateur contre le risque d'une demande de secours alimentaire[142]. De plus, la

---

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 Université de Liège, *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.

136 A.-C. Van Gysel, Les masses de liquidation en droit privé, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 427.

137 Bruxelles, 25 février 1881, *Pas.*, 1881, II, p. 120 ; Comm. Brux., 17 janvier 1914, *JCB*, 1914, p. 173 et la note (l'article 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, *JLMB*, 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, *JLMB*, 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).

138 Cass., 3 mars 1855, *Pas.*, 1855, I, p. 172, concl. proc. gén. Leclercq ; Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 227.

139 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.

140 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 ».

141 L. Fredericq, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, p. 191 ; A. Cloquet, *Les Novelles, Droit commercial,* t. IV*, Les concordats et la faillite*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 403.

142 L. Fredericq, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, p. 191.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

partie saisissable des revenus qui proviennent de l'exercice d'une nouvelle activité tombait normalement dans la masse[143-144].

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

31. La notion de cause à l'article XX.110 du CDE. Les travaux préparatoires sont diserts sur la portée du dessaisissement. Tout au plus, peut-on lire 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 »[145].

Dès notre premier commentaire de la loi, nous nous interrogions sur la notion de cause employée par le législateur[146]. Le critère renvoie-t-il, en matière de créances par exemple, à la naissance ou à l'exigibilité de celles-ci ?

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

32. 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[147]. L'affaire concernait un dirigeant de société qui, à la suite de la faillite de celle-ci, s'était fait

143 A. Cloquet, *Les Novelles, Droit commercial,* t. IV*, Les concordats et la faillite*, 3e 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 », *RDC*, 2015, p. 581).

144 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'article 48 de la loi sur les faillites obtenir un secours alimentaire au moins équivalent (A. Cloquet, *Les Novelles, Droit commercial,* t. IV*, Les concordats et la faillite*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 402).

145 Projet de loi portant insertion du livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 2407/001, p. 204.

146 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 entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 187.

147 Entr. Gand, div. Gand, 14 mai 2019, *RDC*, 2020, p. 795, note I. Van de Plas.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

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 deux mois plus tard. À 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'est pas le contrat qui constitue la cause de la rémunération, mais les prestations accomplies en exécution dudit contrat, de sorte que la rémunération des prestations postérieures à la faillite échappe 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 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 coïncide 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 »[148-149].

148 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* ».

149 Nous soulignons.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

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[150], 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] »[151].

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 le *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

150 Entr. Liège, division Namur, 23 mars 2021, *inédit*, RG, n° N/20/00007 ; A/20/00934.
151 Nous soulignons.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

considéré comme un détournement d'actifs au sens de l'article 489*ter* du Code pénal »[152].

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'article XX.139 du 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.

Ainsi, dès lors que le curateur dispose, en vertu de l'article XX.139 du CDE, d'une option quant aux contrats en cours[153] (poursuivre le contrat, (ne pas exécuter[154]) 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 LF 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, discriminatoire 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.

33. L'arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 2022. La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Gand[155] qui avait décidé que le salaire pour le travail effectué

152 Nous mettons en gras.

153 Article XX.139 CDE.

154 Voy. sur les controverses, S. Baeyens, « Faillissement en lopende overeenkomsten. Een rechtsvergelijkende analyse van artikel XX.139 WER », *TPR*, 2019, pp. 945-947 ; F. De Leo, « Lopende overeenkomsten bij faillissement : niet-uitvoeren is niet hetzelfde dan beëindigen », *TRV-RPS*, 2020, pp. 114-119 ; F. George, « L'article 46 de la loi sur les faillites et les sanctions contractuelles », note sous sous Cass., 2 septembre 2020, *RDC*, 2020, pp. 1052-1066.

155 L'arrêt concerne l'affaire précitée qui avait été portée devant le tribunal de l'entreprise de Gand, div. Gand.

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

après la date de la faillite ne revenait pas à la masse, que ce travail ait été effectué dans le cadre d'un contrat de travail conclu avant comme après la faillite refuse de censurer l'arrêt attaqué.

Par un arrêt du 31 mars 2022[156], la Cour de cassation rejette le pourvoi aux motifs que, *« L'objectif de la politique de la seconde chance est d'encourager les personnes physiques en faillite à participer à nouveau à la vie économique, de sorte que le produit du travail effectué après l'ouverture de la faillite devrait rester en dehors de la masse.*

Le droit à la rémunération découle de l'exécution d'un travail dans le cadre d'un contrat de travail. La cause des salaires perçus par le failli est le travail effectué par celui-ci.

Il s'ensuit que les salaires perçus par le failli pour un travail effectué par celui-ci après la faillite sont exclus de l'actif de la faillite, même si le contrat de travail a été conclu avant la faillite »[157].

34. Le régime transitoire. Les questions qui émaillent 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 est confronté à une

156 Cass., 31 mars 2022, C.21.0160.N, www.juportal.be

157 Traduction de « Uit de wetsgeschiedenis blijkt de doelstelling van het tweedekansen-beleid dat de gefailleerde natuurlijke personen moet aanmoedigen om opnieuw aan het economische leven deel te nemen, zodat de opbrengsten van arbeidsprestaties geleverd na de opening van het faillissement buiten de boedel dienen te blijven.

Het recht op loon ontstaat door het verrichten van arbeid op grond van een arbeidsovereenkomst.

De oorzaak van het door de gefailleerde ontvangen loon is bijgevolg de door hem verrichte arbeid.

Hieruit volgt dat het loon dat de gefailleerde ontvangt voor arbeidsprestaties die door hem worden geleverd na het faillissement, uit het actief van het faillissement wordt uitgesloten, ook al werd de arbeidsovereenkomst gesloten vóór het faillissement.

Het middel dat aanvoert dat "in zoverre […] de arbeidsovereenkomst werd gesloten vóór de faillissementsdatum, er wat betreft de inkomsten uit de arbeidsprestaties geleverd na de faillissementsdatum geen sprake [kan] zijn van een uitsluiting uit het actief van het faillissement in de zin van artikel XX.110, § 3, tweede lid, WER", berust op een onjuiste rechtsopvatting en faalt bijgevolg naar recht ».

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

saisie-arrêt sur la rémunération du débiteur devenu salarié auprès de son employeur. Le curateur s'interroge sur la constitutionnalité du régime transitoire.

Le tribunal décide dès lors de 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 ? ».

Dans un arrêt du 18 juin 2020[158], la Cour y répond par la négative.

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 Code de droit économique 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 ».

Pour la Cour, 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, nous dit la Cour, « 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

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

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022

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 dispositions 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 ». Une réponse négative est dès lors apportée par la Cour à la question préjudicielle posée.

Section 4. Conclusion

L'excusabilité belge, transfigurée sous l'influence du droit européen en une mesure d'effacement à laquelle s'adosse désormais un dessaisissement limité, poursuit son petit bonhomme de chemin. Tantôt dans l'ombre de décisions inédites qui tranchent des questions que la réforme du droit de l'insolvabilité n'a pas manqué de susciter, tantôt dans la lumière de nos hautes juridictions qui apportent enfin la sécurité juridique attendue.

Le livre XX, déjà bouleversé et chahuté par la pandémie, y perd à nouveau quelques plumes. Il reste à découvrir dans quelle mesure la transposition de la directive 2019/1023 sur les cadres de restructuration préventive viendra consolider ou fragiliser cet édifice toujours en construction…

strada lex
Université de Namur - Bibliothèque de la Faculté de droit - On Campus / quentin.houbion@unamur.be
Le fresh start, sauce belge
www.stradalex.com - 01/09/2022