

**NOTIONS DE DROIT DES SOCIETES,
DROIT DE LA FAILLITE, DE LA
LIQUIDATION ET DE LA CONTINUITE
DES ENTREPRISES**

Adrien ABSIL

**Avocat au Barreau de Liège
Juge Suppléant
Professeur de Droit à la C.B.C.E.C
Formateur au Centre Liégeois des Classes Moyennes
Membre Commission de stage IPCF**

27 février 2016

0. INTRODUCTION :

La sphère de la commercialité concerne les commerçants personne physique ou exerçant leur entreprise par l'intermédiaire d'une entité séparée de l'entrepreneur individuel, à savoir la société commerciale.

Le présent exposé a pour objectif de brosser un bref aperçu du paysage formé par la sphère du droit commercial concernant les sociétés commerciales avec orientation des solutions à proposer en cas de difficultés.

Il est fréquent d'utiliser le vocable « personne morale » plutôt que de « groupement doté de la technique de la personnalité morale ».

Le code lui-même emploie ce raccourci comme il sera exposé ultérieurement, ce raccourci est critiquable tenant compte des variantes dans la personne morale en fonction de la forme choisie.

Grâce à la personnalité morale, la société ou groupement de personnes sous forme de société, possède elle-même par analogie avec les personnes physiques une pleine capacité juridique s'exerçant par le biais d'un patrimoine regroupant des valeurs actives et passives.

Ce patrimoine permet d'imputer à ce dernier des droits et obligations générés par son activité.

Le groupement ou société se manifeste comme sujet de droit à l'intervention de ses organes légaux.

Il s'agit d'une personne juridique constituant un être abstrait représenté par le truchement d'autres personnes juridiques ou personnes physiques qui remplissent les différentes fonctions qu'appelle son activité.

Cette théorie de l'organe aboutit à ce que le groupement doté de la personne morale s'exprime et se meut à son intervention.

L'organe peut être individuel (le gérant d'une société de personnes) ou collatéral (assemblée générale ou conseil d'administration).

D'une manière générale, la théorie de l'organe repose sur une idée fondamentale qui consiste à soutenir que les actes accomplis par les organes d'une société sont les actes de la personne morale elle-même.

La théorie suppose dès lors une incarnation de l'être moral abstrait et invisible par des personnes physiques qui possèdent individuellement la qualité d'organe ou participe à un organe collégial.

Dans cette conception, l'incarnation est poussée au bout de sa logique : les actes de la personne morale incarnée par ses organes sont les siens propres et sont uniquement les siens.

En d'autres termes, les organes agissent exclusivement comme agents de la personne morale et leurs actes ne peuvent donc leur être personnellement imputés. L'agent intervenant est donc l'incarnation de la personne morale et ses actes sont absorbés par la personnalité propre et distincte de la personne morale.

L'arrêt de la Cour de Cassation du 07 novembre 1997 soumet la théorie de l'organe à rude épreuve.

En effet, dans le cas d'espèce, la personne incriminée agissait en qualité de courtier en assurance au travers d'une société commerciale.

La Cour de Cassation a relevé que :

« Lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extracontractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement non à une obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence et si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat. »

Cette décision implique un recul de la théorie de l'organe par le fait que dans ladite théorie l'organe ne peut être considéré comme un agent d'exécution.

Lorsque le débiteur est une société, la solution habituelle consacrée par ledit arrêt équivaut à considérer la non-validité de la clause pour faute personnelle du débiteur lorsque la faute est imputable à un organe.

Celui-ci incarne en effet la société.

Or, dès l'instant où l'organe est assimilé à un agent d'exécution, cette solution ne devrait plus jouer.

Du point de vue pénal, la loi du 04 mai 1999 aurait pu faire appel à la théorie de l'organe mais il n'en est rien puisque ladite loi est intitulée « responsabilité pénale des personnes morales ».

Dès la possibilité d'identification de la personne physique qui agit pour compte de la société, il importe d'établir dans ce cas une distinction conformément à l'article 5 alinéa 2 du code pénal :

- Si la personne physique a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable,
- Dans les autres cas, hypothèse de faute involontaire, seule la personne physique ou morale qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée.

La responsabilité pénale de la société est donc engagée même si aucun auteur de l'infraction n'a pu être identifié.

Il suffit que l'acte délictuel ait été accompli pour le compte de la société.

Si par contre, l'auteur d'un pareil acte est une personne physique identifiée, peu importe qu'elle soit organe ou non, préposé ou agent d'exécution, la loi ne fait pas de distinction.

La personne morale peut être condamnée personnellement dans certaines hypothèses en fonction du critère, peu clair, en fonction de qui a commis la faute la plus grave.

Dans le cadre du présent exposé, nous aborderons les matières relatives à un examen sommaire de la structure du code des sociétés avant d'aborder les trois matières principales relatives aux sociétés rencontrant des difficultés, à savoir :

- La faillite ;
- La liquidation ;
- La procédure de réorganisation judiciaire.

I. DU CODE DES SOCIÉTÉS :

I.1. notions de base relatives au code des sociétés :

Les dispositions communes aux différents types de sociétés peuvent être classées en trois catégories :

- Livre 1 : dispositions introductives ;
- Livre 2 et 15 : disposition communes à toutes les sociétés ;
- Dispositions communes aux personnes morales régies par le code (livre 4), restructuration (livre 11), transformations (livre 12).

Chaque type de société a son livre propre.

LIVRE 1 : (articles 1 à 17)

Ce livre reprend les dispositions générales reprenant la définition de la société (article 1),

La distinction entre société civile et commerciale (article 2)

Société à objet civil ou commercial (article 3)

Le titre 2 concerne les principales définitions nécessaires pour l'application des règles du code.

Comme ce sera le cas pour tous les livres du présent code, les dispositions pénales générales sont en conclusion de ce livre.

LIVRE 2 : (articles 18 à 45)

Il s'agit des dispositions communes à toutes les sociétés.

Ce livre prend en fait les dispositions du code civil.

LIVRE 3 : (articles 46 à 55)

Il s'agit d'un livre reprenant trois types de sociétés non dotées de la personnalité juridique, à savoir : la société de droit commun, la société momentanée (ancienne association momentanée) et la société interne.

Il s'agit d'une terminologie nouvelle reprenant en fait les dispositions du passé.

LIVRE 4 : (articles 56 à 200)

Il s'agit d'un livre reprenant les dispositions communes à toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique.

Ce livre reprend en outre les règles de droit international privé, les engagements pris au nom d'une société en formation (article 60), la théorie de l'organe, la dénomination des sociétés, la forme de l'acte constitutif et les formalités de publicité,

...

Ce livre reprend également l'établissement des comptes annuels et des comptes consolidés et leur contrôle.

Les comptes annuels feront l'objet de la loi du 17 juillet 1975 et de ses arrêtés d'exécution.

Il s'agit d'une particularité belge, le droit des comptes annuels dans beaucoup de pays faisant partie intégrante du droit des sociétés.

La loi de 1975 et ses arrêtés n'ont pas été abrogés par les dispositions nouvelles du code des sociétés.

La place des entreprises personnelles et des entreprises ayant la forme de SNC ou SCS est réservée ainsi que les absl.

Seul le droit de l'établissement des comptes annuels échappe au droit comptable.

Il sera à noter sur le plan du contrôle, la difficulté est identique compte tenu de la réforme du révisorat.

Une synthèse s'imposait sans toutefois porter atteinte aux compétences légalement reconnues à des instances officielles.

LIVRES 5 à 10 :

Il s'agit de livres traitant des différentes sociétés dotées de la personnalité juridique.

Il s'agit de la SNC et de la SCS (livre 5 – articles 201 à 209), de la SPRL (livre 6 – articles 210 à 349), de la société coopérative (livre 7 – articles 350 à 436), de la S.A. (livre 8 – articles 437 à 653), de la SCA (livre 9 – articles 654 à 660), et de la société à finalité sociale (livre 10 – articles 661 à 669).

La classification de ces sociétés a tenu compte des considérations d'organisation interne des sociétés.

La SPRL a servi de maillon intermédiaire entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux.

La société coopérative s'apparente très fort à la SPRL sous réserve de la souplesse de la variation de son capital et la S.A. apparaît comme l'aboutissement d'une conception de la société.

LIVRES 11 et 12 :

Ces livres concernent les opérations de restructuration (livre 11 – articles 670 à 773) et de transformation (livre 12 – articles 774 à 788).

LIVRES 13 et 14 :

Il s'agit de la société agricole (livre 13 – articles 789 à 838) et du groupement d'intérêts économiques (livre 14 – articles 839 à 873).

Le **livre 15** (article 874 à 878) concerne les dispositions transitoires et diverses.

1.2. Sociétés et associations :

L'article 1^{er} du code des sociétés a repris du code civil, quelque peu remaniée, la notion de la société :

« Une société est constituée (...) dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect (...) dans les cas prévus par les présents, l'acte de société peut disposer que la société n'est pas constituée dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect. »

Une société peut donc aujourd'hui ne pas produire de but de lucre, et dans ce cas, elle perd la caractéristique fondamentale permettant de la distinguer d'une association tout en restant une société.

C'est ainsi que le 13 avril 1995, un nouveau type de société a vu le jour : la société à finalité sociale régie par les articles 661 et suivants du code des sociétés.

Il s'agit d'une société qui n'est pas vouée à l'enrichissement de ses associés, le but de lucre sociétaire faisant défaut.

La loi du 13 avril 1995 a donc créé une curiosité juridique, à savoir un élément qui, en principe, est constitutif du contrat de société, mais peut faire défaut.

L'article 2 prévoit que le groupement d'intérêts économique (GIE) a pour objet de répartir un bénéfice indirect entre ses membres, autrement de permettre la réalisation d'une économie.

C'est ainsi que le législateur de 1995 a modifié l'article 1832 du code civil actuel article 1^{er} du code des sociétés en précisant que la société est un contrat conclu dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect.

En conclusion sur ce point, il y a lieu de retenir qu'association et société demeurent deux groupements différents, dont le critère du but de lucre demeure, en principe, la distinction principale mais connaît certaines limites avec la société à finalité sociale.

1.3. Sociétés civiles et commerciales :

Une société peut être réputée commerciale par son objet ou par sa forme.
En règle générale, une société est commerciale lorsqu'elle a un objet commercial (nature commerciale) et répond dans ce cas à l'ensemble des lois particulières au commerce.

Une société est civile si elle a adopté une forme commerciale mais est soumise à un régime spécial quant à son organisation, sa structure, ...

La société à forme commerciale est définie dans l'article 2 § 2 du code des sociétés, à savoir :

- La société en nom collectif (SNC) ;
- La société en commandite simple (SCS) ;
- La société privée à responsabilité limitée (SPRL) ;
- La société coopérative à responsabilité limitée (SCRL) ou illimitée (SCRI) ;
- La société anonyme (SA) ;
- La société en commandite par actions (SCA) ;
- Le groupement d'intérêts économiques (GIE).

Le code des sociétés maintient une distinction entre les sociétés à forme commerciale qui sont généralement dotées de la personnalité juridique contrairement aux sociétés à forme civile (société de droit commun).

La société à forme civile se définit généralement comme étant la société ayant une forme autre qu'une forme commerciale.

Les conditions requises pour l'existence du contrat de société sont réunies mais il n'a pas été choisi une des formes commerciales énumérées par le code des sociétés.

Le principe juridique veut que les sociétés à forme commerciale sont généralement dotées de la personnalité juridique contrairement aux sociétés à forme civile a des limites.

C'est ainsi que la société agricole est dotée de la personnalité juridique et est pourtant une société à forme civile (article 2 § 3 du code des sociétés) alors que des sociétés à forme commerciale n'ont aucune personnalité juridique, comme la société momentanée ou la société interne (article 2 § 1 du code des sociétés).

L'article 3 § 1^{er} du code des sociétés précise que les sociétés sont régies si elles ont une nature commerciale par les lois particulières au commerce.

Le paragraphe 2 du même article 3 précise que la nature civile ou commerciale d'une société est déterminée par son objet.

Les sociétés de nature commerciale sont soumises aux dispositions légales applicables aux commerçants (régime de preuve, compétence du Tribunal de Commerce, ...).

Il importe toutefois de rappeler que ce n'est pas parce qu'une société a une nature commerciale qu'elle a la qualité de commerçant.

C'est ainsi que seules celles qui sont dotées de la personnalité juridique peuvent avoir une telle qualité.

En revanche, toute société, qu'elle soit dotée de la personnalité juridique ou non, peut avoir pour objet de poser des actes de commerce (article 46 du code des sociétés).

C'est ainsi que toutes les sociétés, qu'elles soient dotées de la personnalité juridique ou non, qu'elles soient à forme commerciale ou civile, peuvent être à objet commercial ou à objet civil.

L'on peut ainsi distinguer quatre catégories :

- Société à forme commerciale et à objet commercial : exemple une S.A. exploitant un commerce de détail ;
- Société à forme commerciale et à objet civil : exemple bureau d'avocats sous forme de SPRL ;
- Société à forme civile et à objet commercial : exemple deux parents exploitant un garage ou une groupe d'amis exploitant une entreprise de pompes funèbres ;
- Société à forme civile et à objet civil : exemple un syndicat de travailleurs ou un club sportif n'ayant pas opté pour une forme d'association.

1.4. Société de capitaux ou de personnes :

La société de personne est une société conclue en considération de la personnalité des associés au contraire de la société de capitaux qui est conclue en considération des capitaux amenés indépendamment des personnes.

Les caractéristiques principales de ces deux types de sociétés sont :

- *Pour les sociétés de personnes :*
 - En principe, lorsqu'un associé quitte la société, il y a dissolution de la société ;
 - Les parts sociales sont incessibles ;
 - Certaines décisions doivent être prises à l'unanimité ;
 - Les mécanismes de contrôle sont moins élaborés.

- Pour les sociétés de capitaux :
 - Le départ d'un associé n'a aucune conséquence ;
 - Les parts sont en principe cessibles ;
 - L'unanimité n'est pas requise pour la modification des statuts ;
 - La responsabilité est limitée.

1.5. Sociétés dotées de la personnalité juridique :

Les sociétés dotées de la personnalité juridique sont de véritables êtres de droit distincts des membres qui la composent.

La société dispose d'un patrimoine propre, d'une dénomination propre, d'une capacité de contracter et d'ester en justice, a un siège et une nationalité. Le code des sociétés énumère à l'article 2 § 2 la liste limitative des sociétés dotées de la personnalité juridique.

Il convient d'ajouter à cette liste la société agricole (article 2 § 3).

La personnalité juridique de ces sociétés est acquise à partir du jour où est effectué au greffe du Tribunal de Commerce le dépôt de l'acte constitutif (article 2 § 4).

Les sociétés qui n'ont pas la personnalité juridique ne bénéficient pas des qualités énumérées ci-avant, il s'agit des sociétés de droit commun, de la société momentanée et de la société interne (article 46).

Il est à noter que dans une société à responsabilité limitée, les associés ne répondent vis-à-vis des tiers qu'à concurrence de leurs apports à l'inverse des associés à responsabilité illimitée.

Ces dernières comprennent la SNC et la SCRI.

La SCA et la SCS sont mixtes : les commanditaires relèvent du régime de la responsabilité limitée tandis que les commandités sont responsables des engagements de la société de façon illimitée.

Il est certain qu'il y a lieu de s'interroger que l'intérêt pour une société d'avoir un patrimoine propre qui n'empêche pas les créanciers éventuels de saisir le patrimoine privé de chaque associé.

Leur caractéristique principale est la distinction qui peut être faite de réserver un patrimoine aux seuls créanciers de la société.

Ceux-ci n'entrent pas directement en concours avec les créanciers de chacun des associés.

II. DE LA SOCIETE EN DIFFICULTE

Les matières du concordat et de la faillite ont été régies jusqu'à ce jour par la loi du 18 avril 1851, sous le titre « des faillites, banqueroutes et sursis ».

L'évolution de la vie économique et le nombre croissant de faillites ont imposé une révision complète de la législation.

L'idée première est de vouloir créer, à l'instar de nos voisins du Sud, une procédure préventive permettant le sauvetage d'une entreprise en difficulté, à un moment où celui-ci est encore possible, tout en essayant d'harmoniser les intérêts de toutes les parties intéressées, à savoir créanciers, travailleurs, pouvoirs publics et débiteurs en difficulté.

Il s'imposait dès lors de reconsidérer notre procédure concordataire aux fins de dissocier « faillite » et « concordat » et permettre ainsi au concordat d'être un outil préventif à part entière, totalement indépendant de la faillite.

C'est ce qui est fait par notre législation nouvelle, laquelle prévoit deux procédures distinctes avec des « passerelles » permettant le passage de l'une (le concordat) à l'autre (la faillite), mais en supprimant radicalement le concordat après faillite.

Aux fins de permettre au Tribunal de commerce de « collecter » tout renseignement utile sur les entités commerciales qui pourraient rencontrer des difficultés, l'ancien service de dépistage est renforcé, voire « institutionnalisé » par la Chambre des Enquêtes.

Dans l'optique actuelle, le concordat qui est supprimé de nos textes en sa forme après faillite, est un véritable « remède » pour la société en difficultés, aux fins de permettre à celle-ci de retrouver toute sa potentialité économique, tandis que la faillite est la procédure ultime, qui n'intervient qu'aux fins de liquider une entité dont le redressement est définitivement impossible.

La législation nouvelle est inscrite dans deux lois distinctes :

- la loi du 17 juillet 1997 (publiée au Moniteur Belge du 28 octobre 1997) relative au concordat judiciaire ;
- la loi du 8 août 1997 (publiée au Moniteur Belge du 28 octobre 1997) sur les faillites.

Depuis la loi du 8 août 1997, la réglementation sur les faillites a connu de nombreuses modifications, dont certaines appelées « loi de réparation » dont notamment la loi du 20 juillet 2006, Moniteur Belge du 28 juillet 2006, rectifiant ou complétant certains textes de la loi initiale.

La loi de 1997 a été modifiée le 18 juillet 2008 en son article 82 en ce qui concerne l'excusabilité des ex-conjoints.

Enfin, ladite loi a été modifiée le 31 janvier 2009 en ses articles 8 et suivants tenant compte de l'application de la loi sur la continuité des entreprises.

Il importe de préciser que l'entreprise est avant tout sujet de droit, titulaire donc de droits et d'obligations.

Les devoirs de l'entreprise ont leur siège dans diverses législations qui imposent par exemple un formalisme lors de la constitution de la société commerciale, des règles de fonctionnement à ses organes, des règles comptables et fiscales, etc ...

Il importe de retenir également la législation sociale, au caractère réglementaire de plus en plus impressionnant et touffu qui envisage la réglementation des relations de travail étendues au sens large.

On sait qu'auparavant, la défaillance de l'entreprise entraînait une unique sanction : la faillite, procédure infamante de mesure publique tendant à la disgrâce du commerçant qui était un véritable puni.

Il était même possible aux créanciers impayés d'exposer à son débiteur défaillant la vente de tous ses biens publiquement et de surcroît la vente du débiteur lui-même (au titre d'esclave).

En 1851, la mentalité a changé et il a été pris en considération le malheur du créancier qui méritait une part importante d'intérêt et de pitié.

Alors qu'hier, le législateur s'intéressait à la honte que devait marquer au front le commerçant défaillant, au point de lui imposer la prison, il semble qu'aujourd'hui la faillite apparaisse comme un ultime recours.

Il n'est pas inutile de rappeler qu'en matière sociale est considéré comme étant en difficulté ou connaissant des circonstances économiques exceptionnellement défavorables :

- l'entreprise qui enregistre une perte courante avant impôt pendant deux exercices consécutifs et dont la perte pour le dernier exercice excède le montant des amortissements et réductions de valeurs sur les frais ;
- l'entreprise qui, par suite de pertes, présente un actif net réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social ;
- l'entreprise qui procède à un licenciement collectif ;
- l'entreprise qui, par manque de travail à la suite de circonstances économiques, connaît un nombre de journées de chômage ouvrier au moins égal à 20% du total ;

- l'entreprise liée par un plan de restructuration approuvé par un Gouvernement régional et prévoyant, de la part de ce Gouvernement ou d'un organisme désigné par lui, une intervention financière dans les capitaux propres ou dans les dettes à plus d'un an.

D'autres indices sont à relever pour qualifier une société d'entreprise en difficulté et notamment :

1. Lettres de change et à billets à ordre protestés ;
2. Retards de paiements des cotisations à l'O.N.S.S. ;
3. Retards de paiements des impôts enrôlés au titre de précompte professionnel ou de l'impôt des sociétés ;
4. Arriérés de 6 mois dans les paiements de la T.V.A. ;
5. Citations en paiement devant le Tribunal de Commerce ;
6. Requêtes et ordonnances en matière de saisie conservatoire et de voies d'exécution ;
7. Avis de saisie ;
8. Analyse des comptes annuels déposés au Greffe ;
9. Défaut de dépôt des comptes annuels dans le délai ;
10. Prorogation de l'exercice social ;
11. Non-tenue de l'assemblée générale à la date statutaire ;
12. Révocation de dirigeants ou commissaires ;
13. Conclusion du rapport du commissaire ;
14. Doléances de créanciers ;
15. Radiation de la liste des entrepreneurs enregistrés ou suspension ou retrait de l'agrément ;
16. Jugement refusant ou accordant des termes et délais ;
17. Visites spontanées de sociétés ou d'entreprises en difficultés ;

En matière de faillite, le législateur a voulu

- accroître la participation du failli ;
- augmenter la transparence de la gestion de la faillite ;
- Améliorer la condition du vendeur ;
- Et surtout permettre la réinsertion du failli personne physique dans la société par le biais de l'excusabilité.

Ce dernier point concernant l'excusabilité est la seule révolution de la législation nouvelle afin de permettre aux faillis d'obtenir une « remise » généralisée de ses dettes lors de la clôture de la faillite ou sur demande expresse.

Une nouvelle loi de réparation du 20 juillet 2005 a permis aux faillis d'obtenir l'excusabilité sans attendre la clôture de la faillite et a modifié la situation des cautions en créant un régime réservé aux cautions des personnes physiques et des sociétés prévoyant une décharge non-automatique par décision du Tribunal sur base de la disproportion des revenus et avoirs de la caution par rapport à ses engagements.

Malheureusement, la loi de 97 n'a pas donné pleine satisfaction quant aux changements apportés à l'ancienne procédure de concordat judiciaire et c'est ainsi qu'une nouvelle loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises est venue remplacer l'ancienne législation sur le concordat.

La liquidation judiciaire, anciennement possible en cas de dispute entre deux associés de sociétés, en cas de mésentente irrémédiable, la loi du 13 avril 1995 a en outre donné au Tribunal de Commerce le pouvoir de prononcer la dissolution d'une société restée en défaut de satisfaire à l'obligation de déposer les comptes annuels pour trois exercices consécutifs.

Consacrée par la Cour de Cassation, la liquidation volontaire d'une société commerciale est possible n'étant pas a priori rejetée par le législateur.

La société en liquidation peut être cependant déclarée en faillite jusqu'à six mois après sa clôture, si les conditions d'ébranlement de crédit et de cessation de paiement sont réunies.

III. DE LA FAILLITE

DE LA FAILLITE

Nous parcourons sous ce titre la loi du 17 juillet 1997, modifiée par la loi du 4 septembre 2002.

Les objectifs de la loi sur les faillites sont essentiellement d'éradiquer du commerce les entreprises vacillantes, de maintenir l'égalité des créanciers et de faire preuve de plus d'humanité à l'égard du failli.

III.1. Conditions de la faillite

Peut être déclaré en faillite tout commerçant qui a cessé ses paiements de manière persistante et dont le crédit se trouve ébranlé.

La cessation de paiement est le fait matériel du commerçant qui n'honore plus ses dettes liquides et exigibles.

La loi précise que la cessation de paiement doit être persistante, ce qui exclut la gêne de trésorerie momentanée.

Le juge a donc un large pouvoir d'interprétation, devant s'apprécier, dans les faits, si le commerçant a, ou non, la capacité de se redresser à bref délai, ce qui implique d'avoir une vue globale sur sa situation, sa solvabilité, la rentabilité de l'entreprise ...

Le débiteur peut être déclaré en faillite même s'il n'a qu'un seul créancier mais il faudra, dans ce cas, plus que dans tout autre, apprécier l'importance de la dette par rapport à son patrimoine et sa situation globale.

L'ébranlement du crédit est en général la cause de la cessation de paiement : c'est parce que le commerçant n'a plus accès au crédit, quel qu'il soit (banquiers, fournisseurs, créanciers institutionnels, ...) qu'il n'est plus à même de faire face aux paiements qui lui sont demandés.

L'appréciation des conditions de la faillite se fait au jour du jugement déclaratif : les éléments postérieurs à la faillite, tel qu'un crédit nouveau octroyé au failli, ne peuvent en principe être pris en considération en cas d'appel ou d'opposition.

Le juge peut cependant les prendre en considération comme éléments révélateurs du fait que le crédit du commerçant n'était pas totalement ébranlé avant le jugement déclaratif de faillite.

En ce qui concerne la notion de commerçant, l'article 2 de la loi sur les faillites aborde les cas particuliers de la cessation d'activité, du décès et de la dissolution de société :

- le commerçant qui n'exerce plus le commerce peut être déclaré en faillite si la cessation de ses paiements remonte à une époque où il était encore commerçant. Si la cessation des activités remonte à plus de six mois, la faillite ne peut plus être déclarée ;
- en ce qui concerne le commerçant décédé, la faillite peut être déclarée jusqu'à six mois après le décès, si la cessation de paiement et l'ébranlement du crédit étaient antérieurs à celui-ci ;
- en ce qui concerne la personne morale dissoute, la faillite peut être déclarée jusqu'à six mois après la clôture de la liquidation.

III.2. **Compétence**

L'article 631, § 1, al. 1 du Code judiciaire, modifié par la loi du 20 juillet 2002 prévoit que le Tribunal de Commerce compétent pour déclarer la faillite est celui dans le ressort duquel le commerçant a son établissement principal ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social, au jour de l'aveu de la faillite ou de la demande en justice.

En cas de changement d'établissement principal du commerçant ou, s'il s'agit d'une personne morale, du siège social, dans un délai d'un an avant la demande en faillite, la faillite peut également être demandée devant le Tribunal dans le ressort duquel le commerçant avait son établissement principal ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social dans le même délai.

Ce délai prend cours à partir de l'inscription modificative du changement d'établissement principal au registre de commerce ou, s'il s'agit d'une personne morale, de la publication du changement de siège au Moniteur Belge.

Il existait un hiatus entre la loi sur le concordat judiciaire et la loi sur les faillites, qui a été rectifié, de telle sorte qu'actuellement, les données relatives à un commerçant sont collectées par le Tribunal de Commerce dans le ressort duquel le commerçant a son établissement principal ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social.

III.3. **Mode déclaration de la faillite**

La faillite est déclarée soit sur aveu du commerçant, qui doit être fait dans le mois de la cessation de ses paiements, soit sur une citation des créanciers, du Ministère Public ou de l'Administrateur provisoire, soit d'office par le Tribunal de Commerce, au cours de la procédure concordataire.

L'aveu est souvent considéré comme le mode normal de déclaration de la faillite mais il faut savoir par exemple qu'en 2001, sur 476 faillites déclarées, 260 l'ont été sur aveu, 211 sur citation et 5 d'office (par révocation du concordat).

L'obligation de faire l'aveu dans le mois de la cessation des paiements est assortie de sanctions pénales (article 489 du Code pénal).

L'aveu de la cessation de paiement est formulé au greffe du Tribunal de Commerce par le commerçant lui-même ou par une personne (par exemple un avocat) détentrice d'une procuration et, pour les sociétés commerciales, par l'organe détenant le pouvoir de gestion, c'est-à-dire le gérant ou le conseil d'administration.

Les documents à joindre à l'aveu sont prévus à l'article 10 de la loi sur les faillites, qui a été modifié par la loi du 4 septembre 2002.

Les greffes des tribunaux de commerce demandent en général :

1) Pour un commerçant personne physique :

- une copie de l'immatriculation au registre de commerce ;
- une liste des avoirs et une liste des dettes ;
- une liste mentionnant le nom et l'adresse des clients et des fournisseurs ;
- le registre du personnel, les données relatives au secrétariat social et aux caisses sociales auxquelles l'entreprise est affiliée ainsi que l'identité des membres du Comité de la prévention et la sécurité au travail et des membres de la Délégation syndicale.

2) Pour les sociétés commerciales :

- une copie des statuts et des modifications ainsi que les statuts coordonnés ;
- pour les sociétés gérées par un conseil d'administration, la publication au Moniteur des pouvoirs des administrateurs, la décision du conseil qui statue sur l'aveu et désigne la personne chargée de remplir les formalités de l'aveu ;
- le dernier bilan approuvé par assemblée générale et compte de résultats ainsi qu'une situation récente active et passive (balance des comptes généraux) ;
- une liste mentionnant le nom et l'adresse des clients et des fournisseurs ;
- le registre du personnel, les données relatives au secrétariat social et aux caisses sociales auxquelles l'entreprise est affiliée ainsi que l'identité des membres du Comité pour la prévention et la sécurité au travail et des membres de la Délégation syndicale.

Il importe de retenir le paragraphe 5 de l'article 10 lequel prévoit expressément le dépôt de la liste mentionnant le nom et l'adresse des personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont constituée sûreté personnelle du commerçant.

Cette liste est particulièrement importante dans le cadre de la demande de dispense éventuelle de remboursement à introduire par la caution.

La loi prévoit une communication préalable de l'aveu au conseil d'entreprise ou, à défaut, au Comité pour la prévention et la protection au travail ou, à défaut, à la Délégation syndicale si celle-ci a été constituée ou, à défaut, à une Délégation du personnel et impose d'en discuter avec les personnes concernées mais aucune sanction spécifique n'est prévue en cas de non-respect de cette obligation.

Le Tribunal vérifie sur base de l'aveu si toutes les conditions légales de la faillite sont réunies et il peut suspendre sa décision pour un délai de quinze jours pendant lequel le commerçant ou le Ministère public peut introduire une demande en concordat (article 7).

La citation en faillite peut émaner soit d'un créancier, soit du Ministère public, soit de l'administrateur provisoire.

Rappelons que le Ministère public est informé de la situation des commerçants en difficulté par la Chambre des enquêtes commerciales sur base de l'article 10, § 3 de la loi sur le concordat.

L'on vise ici l'administrateur provisoire désigné en vertu de l'article 8 de la loi sur les faillites, qui a l'obligation de citer en faillite dans les quinze jours de sa désignation (modification apportée par la loi du 4 septembre 2002).

La faillite d'office peut être prononcée par le Tribunal de commerce aux différents stades de la procédure en concordat judiciaire, soit :

- au stade de la demande en concordat, si la demande est rejetée (article 15, § 2 de la loi sur le concordat judiciaire) ;
- pendant la période de sursis provisoire (article 20) ;
- en cas de rejet du sursis définitif (article 33).

Dans toutes ces hypothèses, le commerçant doit préalablement avoir été entendu sur les conditions de la faillite.

III.4. Administrateur provisoire

En cas d'absolue nécessité, et lorsqu'il existe des indices précis, graves et concordants que les conditions de la faillite sont réunies, le Président du Tribunal de Commerce peut dessaisir en tout ou en partie le commerçant de la gestion de tout ou partie de ses biens.

Cette disposition constitue un outil remarquable conféré au Président du Tribunal de Commerce, lui permettant, dans des situations graves et urgentes, telles que la disparition de l'organe d'une société, présomption de détournements, risque d'une cession d'actif au préjudice de créanciers, ... de désigner un mandataire de justice et de maintenir le commerçant sous contrôle du Tribunal jusqu'à ce que la situation soit clarifiée.

Les désignations d'administrateur provisoire aboutissent souvent à une faillite, l'administrateur provisoire désigné en vertu de l'article 8 ayant d'ailleurs l'obligation de citer le commerçant en faillite dans les quinze jours de sa désignation. Il arrive cependant que la désignation d'un administrateur provisoire conduise à d'autres situations (introduction d'une demande de concordat judiciaire, liquidation judiciaire ou conventionnelle, redressement de l'entreprise avec injection de nouveaux capitaux, ...).

La désignation par le Président du Tribunal de Commerce peut être opérée soit sur requête d'un créancier, soit d'office.

Les effets de la procédure sont limités dans le temps, puisque la décision de dessaisissement cesse de plein droit de produire ses effets si un jugement de faillite n'est pas prononcé dans les quatre mois de l'introduction de la demande (délai éventuellement prolongé dans les conditions de l'article 8, § 6 de la loi sur les faillites).

La désignation d'un administrateur provisoire n'implique pas concours mais les frais de l'administrateur provisoire comme ceux de l'expert judiciaire constituent des dettes de la masse en cas de faillite ultérieure.

III.5. Jugement de faillite

Le jugement déclaratif de faillite doit être motivé ;

Il contient l'ensemble des mentions obligatoire (article 11 de la loi sur les faillites) et doit être publié au Moniteur Belge ainsi que dans au moins deux journaux ou périodiques ayant une diffusion régionale, sauf dispense de cette dernière publication qui peut être obtenue du Juge commissaire dans la mesure où il s'avère qu'il y a absence ou insuffisance d'actif.

La publication au Moniteur Belge est opérée par les soins du greffier, tandis que la publication régionale l'est par les soins des curateurs.

Les jugements prononcés en matière de faillite sont exécutoires par provision. Ils ont effet à zéro heure.

III.6. Voies de recours

Les jugements déclaratifs de faillite et ceux qui fixent la date de cessation de paiement sont susceptibles d'opposition par les parties défaillantes et de tierce opposition par les personnes qui n'étaient pas parties à la procédure.

L'opposition doit être formée dans les quinze jours de la signification du jugement. La tierce opposition doit être formée dans les quinze jours de l'insertion des extraits du jugement au Moniteur Belge.

L'appel peut être formé dans les quinze jours à dater de la publication au Moniteur Belge ou, s'il émane du failli, dans les quinze jours à dater de la signification du jugement.

Seuls le jugement déclaratif de faillite et le jugement fixant la date de cessation de paiement font l'objet de voies de recours particulières.

Tous les autres jugements rendus en matière de faillite sont régis par le Code judiciaire et sont donc susceptibles d'opposition ou d'appel dans les trente jours de la signification, bien que cela ne résulte pas clairement de l'article 14 de la loi sur les faillites.

L'opposition ou l'appel doit être dirigé contre le curateur et contre tout intéressé sur la poursuite duquel la faillite a été déclarée.

Si la faillite a été déclarée à la demande du Parquet, il faudra donc mettre à la cause le Procureur du Roi.

III.7. Date de cessation des paiements

En vertu de l'article 12 de la loi sur les faillites, la cessation de paiement est réputée avoir lieu à partir du jugement déclaratif de faillite, ou à partir du décès, quand la faillite est déclarée après le décès du failli.

Le Tribunal peut fixer la cessation des paiements à une date antérieure si des éléments sérieux et objectifs indiquent clairement que la cessation de paiement a eu lieu avant le jugement.

Ces éléments doivent être mentionnés dans le jugement.

Il s'agit d'une innovation par rapport à la législation antérieure, sous l'empire de laquelle de nombreuses juridictions avaient pris l'habitude de reporter définitivement la date de cessation de paiement à une période de six mois antérieure à la faillite.

Il est possible de fixer la date de cessation de paiement au-delà des six mois en cas de personne morale dissoute, plus de six mois avant le jugement déclaratif de faillite, dont la liquidation est clôturée ou non et s'il existe des indices qu'elle a été ou est menée dans l'intention de nuire aux créanciers.

La date de cessation des paiements peut être modifiée par les voies de recours habituelles contre le jugement déclaratif de faillite ou sur citation des curateurs ou de tout intéressé, dans les six mois du jugement déclaratif de faillite.

La détermination de la date de cessation des paiements est importante en ce qui concerne les inopposabilités à la masse, visées par les articles 17 et suivants de la loi sur lesquelles nous reviendrons.

III.8. Effets de la faillite

a) Dessaisissement

A dater du jugement déclaratif de faillite, le failli est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite.

Tout paiement ou opération et acte fait par le failli et tout paiement fait au failli depuis ce jour sont inopposables à la masse.

Le dessaisissement n'implique pas que le failli perde la propriété de ses biens. Les ventes sont d'ailleurs réalisées par le curateur avec mention du numéro de T.V.A de celui-ci.

Le failli perd cependant le droit à la libre administration et la libre disposition de ses biens.

Dans un souci d'humanité, les insaisissabilités du Code judiciaire ont été étendues aux faillis à l'exception des biens indispensables à la profession du failli.

Les indemnités accordées au failli pour la réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite sont également insaisissables.

Selon les déclarations faites par le Ministre de la Justice lors de débats parlementaires, il s'agit uniquement du dommage extrapatrimonial entendu toutefois aussi comme couvrant les pertes de capacité professionnelle (Doc. Parl., Chambre des représentants, 1995-1996, 329/17, p. 119).

L'arrêté royal du 18 novembre 1996, modifié par la loi du 24 janvier 2002 a conféré un statut social au failli ou dirigeant d'une entreprise faillie en lui permettant notamment de conserver la couverture des soins de santé et des allocations familiales après faillite, outre une indemnité qui lui est octroyée pendant un délai de six mois, qui s'élève à 821,08 € pendant deux mois et à 547,39 € pendant les quatre mois suivants.

b) Inopposabilités à la masse

L'article 17 vise des inopposabilités absolues et de plein droit qui s'appliquent à des actes qui sont considérés comme suspects, souvent qualifiés d'« *insolites* ».

Ces actes, accomplis durant la période suspecte, telle que fixée par l'article 12 de la loi sur les faillites, seront annulés de plein droit par le Tribunal, c'est-à-dire sans possibilité d'appréciation des circonstances ayant entouré l'acte concerné.

Sont visés par l'article 17 :

- les actes lésionnaires ou gratuits ;
- les paiements de dettes non échues ;
- les paiements de dettes échues faits autrement qu'en espèces ou en effet de commerce ;
- les hypothèques et gages constitués pour dettes antérieurement contractées.

L'article 18 instaure une inopposabilité facultative et vise des actes qui, en dehors du contexte de la faillite, n'auraient aucune connotation particulière.

Peuvent être déclarés inopposables à la masse les paiements et autres actes en faveur d'une personne qui avait connaissance de l'état de cessation de paiement.

L'inopposabilité est facultative en ce sens que le juge a un pouvoir d'interprétation, qui consiste à vérifier si la masse a ou non subi un préjudice résultant de l'acte litigieux.

L'article 20 constitue une application, en matière de faillite, du principe de l'action paulienne et permet de déclarer inopposables des actes accomplis antérieurement à la période suspecte.

c) Exigibilité des dettes non échues

L'article 22 prévoit que le jugement déclaratif de faillite rend exigible à l'égard du failli les dettes non échues.

d) Suspension du cours des intérêts

L'article 23 stipule qu'à compter du jugement déclaratif de faillite, le cours des intérêts de toutes créances non garanties par un privilège spécial, par un nantissement ou par une hypothèque est arrêté à l'égard de la masse seulement.

Il s'agit d'une conséquence logique du concours créé par la faillite.

e) Actions contre le failli

L'article 24 prévoit que toutes actions mobilières ou immobilières dès le jugement déclaratif de faillite ainsi que toutes voies d'exécution sur les meubles et sur les immeubles ne peuvent être poursuivies, intentées ou exercées que contre le curateur. Le Tribunal peut néanmoins recevoir le failli partie intervenante.

Ce principe n'empêche pas un créancier d'assigner le failli pour avoir un titre dont il ne pourra faire usage qu'après la clôture de la faillite mais les décisions rendues sur des actions suivies ou intentées contre le failli personnellement ne sont pas opposables à la masse.

Il a été inséré un article 24 bis particulièrement important lequel stipule qu'à compter du jugement déclaratif de faillite sont suspendues les voies d'exécution à charge de la personne physique qui a, à titre gratuit, s'est constitué sûreté personnelle du failli.

Lorsque la sûreté personnelle n'est pas totalement déchargée son obligation par le Tribunal, les créanciers recouvrent le droit d'exercer individuellement leur action sur ses biens.

Il est donc généralement souhaitable d'inviter le curateur à reprendre l'instance des procédures en cours et à le citer, en cas de refus.

L'article 63 bis nouveau, tel que modifié par la loi du 4 septembre 2002, prévoit que toutes les procédures intéressant la masse dans lesquelles le failli est impliqué et qui sont pendantes à la date de la faillite sont suspendues de plein droit jusqu'à ce que la déclaration de créance ait lieu.

Elles restent suspendues jusqu'après le dépôt du procès-verbal de vérification des créances, sauf si le curateur reprend les procédures dans l'intérêt de la masse.

Si la créance est contestée dans le procès-verbal de vérification des créances, le curateur est censé reprendre les procédures pendantes, au moins pour que soit tranchée la partie contestée.

Le juge « *naturel* » reste donc saisi dans cette hypothèse. Il semble que cette disposition implique une dispense de reprise d'instance, puisque le curateur est « *censé* » reprendre la procédure du fait de la contestation de créance.

Le Tribunal de Commerce, saisi de la contestation de créance, devrait, assez logiquement, surseoir à statuer, jusqu'à ce que le juge « *naturel* » ait pris sa décision.

III.9. **Administration et liquidation de la faillite**

a) **Le curateur**

La faillite est avant tout une procédure de liquidation des biens du débiteur en vue du règlement de ses créanciers.

Elle entraîne trois conséquences fondamentales :

- Le dessaisissement ;
- La formation d'une masse, la masse faillie, masse active et masse passive ;
- Principe d'égalité des créanciers.

Le principal agent désigné par le Tribunal aux fins de gérer la faillite est le curateur.

Le Tribunal de Commerce attend du curateur un certain nombre de qualités que l'on peut attendre d'un mandataire de justice :

- Mise en place d'une organisation adéquate du cabinet ;
- Aptitude à mener les procès liés à l'activité du débiteur ;
- Diligence dans le traitement du mandat avec justification dans son rapport annuel sur l'état de faillite ;
- Traitement du courrier quotidien ;
- Aptitude à éviter une atomisation excessive des **taches** nées de la faillite ;
- Acquisition des compétences particulières en droit commercial et en comptabilité ;
- Aptitude à entretenir des rapports humains avec le failli et les différents intervenants de la faillite.

L'article 27 dispose que les curateurs sont choisis parmi les personnes inscrites sur une liste établie par l'assemblée générale du Tribunal de Commerce.

Le monopole du Barreau a pu être conservé car l'article 27 ajoute que ne peuvent être admis sur cette liste que les avocats inscrits au tableau de l'Ordre d'un Barreau belge, justifiant d'une formation particulière et présentant les garanties de compétence en matière de procédure de liquidation.

La liste doit préciser pour chaque curateur les faillites dans lesquelles il a été désigné en cette qualité.

Il n'existe qu'une exception au monopole du Barreau, à savoir : lorsque les circonstances de la faillite l'exigent, il peut être adjoint au curateur avocat un autre curateur non avocat, à condition qu'il remplisse les conditions de formation et qu'il présente les garanties de compétence en matière de procédure de liquidation.

La loi ouvre aux candidats curateurs un recours en cas de refus d'inscription sur la liste des curateurs ainsi qu'en cas d'omission de la liste.

La formalité de prestation de serment de curateur à chaque désignation a été remplacée par une prestation de serment unique, au moment de l'inscription sur la liste, complétée par une signature du procès-verbal de désignation pour chaque faillite prononcée, au greffe du Tribunal de Commerce (article 30 modifié).

En cas de conflit d'intérêt ou d'apparence de partialité, le curateur doit le signaler au Président du Tribunal de Commerce.

Le curateur doit en outre signaler que lui-même ou l'un de ses associés ou collaborateurs directs a accompli, sauf en qualité de curateur, des prestations au bénéfice du failli ou des gérants et administrateurs de la société faillie, ou au bénéfice d'un créancier au cours des dix-huit mois précédant le jugement déclaratif de faillite.

Le Président juge si la déclaration du curateur empêche celui-ci d'accomplir sa mission.

Si le conflit d'intérêt est jugé par le Président comme empêchant le curateur de remplir sa mission, il procédera soit au remplacement du curateur, soit à la désignation d'un curateur ad hoc, conformément à l'article 32.

Rappelons également qu'il est interdit à tout avocat d'accepter un mandat de curateur dans la mesure où sa déontologie rend cette fonction impossible.

L'Ordre national des avocats a interdit aux membres du Barreau, par règlements des 8 février 1979 et 18 janvier 1990 d'accepter un mandat de curateur lorsqu'ils sont le conseil du commerçant failli ou concordataire, lorsqu'ils ont été commissaires au concordat judiciaire ou liquidateurs d'un concordat judiciaire par abandon d'actif, lorsqu'ils sont le conseil d'un créancier qui a joué un rôle déterminant dans l'ouverture de la faillite ou du concordat ainsi que, de façon plus générale, lorsque dans l'exercice de ce mandat judiciaire, ils pourraient être confrontés à un conflit d'intérêts, notamment s'ils exerçaient un mandat judiciaire ou conventionnel auparavant.

L'assemblée générale du Tribunal de Commerce peut omettre un curateur de la liste, à sa demande, d'office (même si cela n'est pas mentionné explicitement par l'article 29) ou en exécution d'un jugement rendu sur citation du Ministère public.

Les curateurs doivent gérer la faillite en bon père de famille, sous la surveillance du Juge Commissaire.

Les curateurs établissent un mémoire de faillite ainsi que des rapports sur la liquidation de la faillite, qui sont adressés chaque année et versés au dossier de la faillite.

Les honoraires des curateurs sont fixés en fonction de l'importance et de la complexité de leur mission.

L'arrêté royal d'exécution du 10 août 1987 a fixé un barème des honoraires et frais des curateurs.

Les honoraires consistent en une indemnité proportionnelle calculée par tranche, sur base des actifs récupérés et réalisés (calcul sur le brut) avec possibilité d'appliquer un coefficient correcteur, allant de 0,8 à 1,2.

Les curateurs peuvent obtenir des honoraires provisionnels avec un plafond de $\frac{3}{4}$ des honoraires finaux (article 33).

b) Le Juge Commissaire

A chaque déclaration de faillite, le Tribunal nomme parmi ses membres, un Juge Commissaire.

Le Président du Tribunal ne peut être nommé : le législateur a voulu éviter que les Présidents de tribunaux puissent mélanger les qualités (participation aux enquêtes commerciales, aux prononcés et enfin la gestion de la faillite en tant que Juge Commissaire).

La mission du Juge Commissaire est d'accélérer et de surveiller les opérations, la gestion et la liquidation de la faillite.

Il fait rapport à l'audience de toutes les contestations nées de la faillite, sauf les contestations de créance à admettre au passif.

Il ne peut s'ingérer dans la gestion proprement dite de la faillite mais son contrôle est multiple :

- participation à la descente sur les lieux et surveillance de la confection de l'inventaire ;
- signature du procès-verbal de clôture de la vérification des créances ;
- ordonnance sur la demande d'autorisation de vente d'objets sujets à déperissement ;
- ordonnance sur la demande de délivrance des meubles et des effets au failli et à sa famille ;
- rapport au Parquet (transmission du mémoire de faillite visé à l'article 60) ;
- contrôle de la gestion des fonds ;
- audition du failli, des travailleurs et demande de toute information au curateur ;
- présidence des assemblées ;
- visa aux répartitions, ...

Les ordonnances du Juge Commissaire sont motivées et exécutoires par provision. Les recours contre ces ordonnances sont portés devant le Tribunal de Commerce.

Le Juge Commissaire peut, en toute circonstance, convoquer une assemblée des créanciers ou de certains d'entre eux.

Il doit convoquer l'assemblée si la demande lui en est faite par des créanciers représentant plus d'1/3 des dettes (article 76).

c) Le Ministère public

Le Parquet a un droit de regard sur les opérations de la faillite : il reçoit le mémoire de faillite prévu à l'article 60 ; il peut assister à toutes les opérations de la faillite, consulter à tout moment le dossier de la faillite, prendre connaissance des livres et papier du failli, vérifier sa situation, et se faire donner par les curateurs tous les renseignements qu'il juge utiles (article 36).

La contrepartie aux pouvoirs du Parquet est que celui-ci doit informer le Juge Commissaire et le curateur de toute poursuite, mandat d'amener ou d'arrêt, convocation devant la Chambre du conseil ou citation devant le Tribunal correctionnel pour les infractions liées à l'état de faillite (article 61).

Il faut également rappeler que le Parquet a un rôle qui est devenu majeur dans les mises en liquidation judiciaire et dans les faillites suite à enquêtes, puisque c'est à lui qu'a été conféré le pouvoir de citer en liquidation judiciaire lorsque trois comptes annuels ne sont pas déposés ou de citer en faillite, lorsqu'il résulte du rapport de la Chambre d'enquêtes commerciales que le commerçant se trouve en état de faillite.

Le Procureur du Roi peut assister à toutes les opérations de la faillite, consulter à tout moment le dossier de la faillite, prendre connaissance des livres du failli, vérifier sa situation et se faire donner par les curateurs tous les renseignements qu'il juge utiles, comme rappelé ci-avant en l'article 36.

Le mémoire du curateur est le plus souvent le premier élément d'appréciation sur lequel le Procureur du Roi va pouvoir se baser pour orienter son dossier, ouvert suite au jugement de faillite, d'où l'importance de sa rédaction.

Les modalités de ce rapport sont fixées par l'article 60 de la loi sur les faillites, lequel prévoit que dans les deux mois de la faillite, le curateur remet au Juge Commissaire un mémoire sur l'état apparent de la faillite, ses principales causes et circonstances, et les infractions pénales qui pourraient donner lieu à des poursuites à l'intervention du Parquet ou de l'Instruction qu'elle pourrait avoir.

Le Juge Commissaire le transmet immédiatement au Procureur du Roi avec ses observations.

d) Formalités de la faillite

Nous avons précédemment parlé de la publication du jugement déclaratif de faillite.

Suite à la modification résultant de la loi du 4 septembre 2002, le jugement déclaratif de faillite est publié au Moniteur Belge par les soins du greffier et dans deux journaux ou périodiques ayant une diffusion régionale par les soins du curateur, sous réserve de dispense, lorsqu'il est possible que la faillite doive être clôturée pour insuffisance d'actif. Le contenu des extraits est précisé à l'article 38 de la loi.

L'article 39 vise à une plus grande transparence de la gestion des faillites et une meilleure information des tiers et du failli, par l'institutionnalisation d'un dossier qui est tenu au Greffe et qui est accessible à tout intéressé.

Ce dossier comprend entre autre l'inventaire, la vérification des créances, les rapports et états de répartition des curateurs, les ordonnances rendues par le Juge Commissaire, ...

Les curateurs entrent en fonction immédiatement après le jugement déclaratif de faillite et après avoir confirmé leur entrée en fonction en signant le procès-verbal de désignation.

L'apposition des scellés est exceptionnelle et passe nécessairement par l'autorisation du Juge Commissaire.

La descente sur les lieux s'effectue conformément aux règles du Code judiciaire. Un procès-verbal est établi à l'occasion de la descente sur les lieux et les pratiques divergent entre arrondissements car certains tribunaux de commerce n'exigent pas le respect d'un strict formalisme.

La confection de l'inventaire est une étape importante de la faillite et suppose que le failli soit présent ou dûment appelé.

Le curateur peut se faire aider pour l'établissement de l'inventaire par un tiers, dans la mesure où il y a été autorisé par le Juge Commissaire.

L'inventaire signé par le Juge Commissaire est déposé au greffe du Tribunal.

En ce qui concerne les archives, le curateur peut les confier au failli ou à l'un des dirigeants de la société faillie mais il est tenu de les conserver lui-même s'il n'est pas en mesure de les remettre au failli ou à un dirigeant.

L'ancien article 45 prévoyait une obligation pour les curateurs de conserver les archives pendant une période de dix ans suivant l'ouverture de la faillite et même au-delà, si la faillite n'était pas clôturée à l'expiration de cette période de dix ans.

La nouvelle version de l'article 45 résultant de la loi du 4 septembre 2002 est plus raisonnable, la loi sur les faillites renvoyant au délai fixé par l'article 6 de la loi du 17 juillet 1975 relatif à la comptabilité des entreprises.

Pour les dossiers constitués après la faillite, les curateurs doivent respecter les règles de conservation des archives du Barreau.

e) Poursuite des contrats en cours

La faillite ne met pas fin aux contrats en cours, hormis pour les contrats intuitu personae, qui sont généralement considérés comme étant dissous de plein droit par la faillite.

Le curateur est toutefois seul juge de l'opportunité de poursuivre ou non les contrats postérieurement au jugement déclaratif de faillite et ce, en fonction de l'intérêt de la masse.

La nouveauté instaurée par la loi du 8 août 1997 a été la possibilité accordée aux créanciers de forcer le curateur à prendre position, si celui-ci tardait à le faire ou si sa position était équivoque.

L'article 46 permet en effet à la partie qui a contracté avec le failli de mettre les curateurs en demeure de prendre la décision de poursuivre ou de ne pas poursuivre les contrats dans les quinze jours.

Si les curateurs ne prennent pas de décision dans le délai, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de celui-ci.

L'absence de réponse du curateur équivaut donc pour le cocontractant à un refus de poursuivre l'exécution du contrat et il permet de postuler d'éventuels dommages et intérêts, lesquels constitueront une dette dans la masse, c'est-à-dire qu'ils devront faire l'objet d'une déclaration de créance à la faillite et d'une répartition au marc le franc.

Ce texte rejoint la tendance de la jurisprudence qui exigeait un engagement exprès du curateur quant à la poursuite du contrat (Liège, 29 avril 1994, JLMB 1994, p. 1045).

Si le curateur décide de poursuivre le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite.

En cas de poursuite du contrat par le curateur et de résiliation de celui-ci par la suite, l'indemnité de rupture ne peut, semble-t-il, être admise à titre de dette de la masse, car la dette ne peut être considérée comme ayant trait à des prestations effectuées après la faillite.

Il pourrait en être autrement si l'indemnité de rupture est calculée en fonction de prestations postérieures au jugement de faillite.

Le texte de l'article 46 apporte une certaine sécurité aux curateurs, car une partie de la doctrine et de la jurisprudence antérieures soutenait que la poursuite du contrat par les curateurs obligeait la masse non seulement au paiement de dettes résultant de cette exécution, mais également au paiement des indemnités qui pouvaient résulter de la rupture du contrat.

Rappelons que les dettes de la masse ont été définies comme suit dans les arrêts de la Cour de cassation du 16 juin 1988 (JLMB 1988, 1097 et s) :

« ... Une dette ne peut être mise à charge de la masse que lorsque le curateur ou le liquidateur a contracté qualitate qua des engagements en vue de l'administration de ladite masse notamment en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société aux fins d'assurer l'administration convenable de la liquidation ».

Si les contrats prévoient une clause résolutoire expresse, du fait de la faillite, la clause est licite et peut trouver application, empêchant ainsi la poursuite du contrat par le curateur.

f) Poursuite des activités commerciales

Les dispositions de la loi sur les faillites ont le mérite de permettre aux curateurs la poursuite immédiate des activités commerciales, avec cependant des garanties quant à la consultation du personnel et quant au contrôle du Tribunal.

Le curateur peut immédiatement après le jugement déclaratif de faillite poursuivre les activités commerciales, après s'être concerté avec les syndicats représentatifs ou, à défaut, avec le personnel présent. Cette procédure accélérée ne dispense pas le curateur d'introduire une demande d'autorisation au Tribunal de Commerce.

Suivant l'article 47, la demande d'autorisation de poursuite d'activité peut être introduite par tout intéressé : certains créanciers pourraient avoir intérêt à la poursuite des activités.

Seul l'intérêt des créanciers peut être pris en considération et non l'intérêt général, ce qui empêche la réédition de certaines dérives résultant de décisions antérieures. Une poursuite d'activité en perte n'est pas nécessairement à exclure. Il faut raisonner plutôt en terme de cash flow qu'en terme de pertes comptables. En outre, une poursuite déficitaire peut parfois être justifiée dans le but de mieux valoriser les actifs, pour autant qu'elle soit limitée dans le temps.

g) Déclaration et vérification des créances

La procédure relative à la déclaration et à la vérification des créances est sans doute la plus importante pour les avocats.

Les créanciers sont avertis par une lettre circulaire émanant du curateur mais aussi et surtout par la publication dans le Moniteur et dans les journaux régionaux (sauf si la dispense a été demandée).

Le délai pour déposer les créances est fixé dans le jugement déclaratif de faillite et ne peut excéder trente jours à compter du jugement.

La forme de déclaration de créance a été simplifiée, puisque la formule de serment a été supprimée par la loi du 4 septembre 2002.

La déclaration de créance ne doit pas obligatoirement être réalisée sur un formulaire délivré par le curateur mais elle doit nécessairement contenir les éléments repris à l'article 63, à défaut de quoi les curateurs peuvent rejeter la créance ou la considérer comme chirographaire.

La déclaration de créance doit nécessairement être signée par le créancier. Si elle est signée par un mandataire, la procuration doit être annexée à la déclaration de créance.

Tous les créanciers sont tenus au dépôt de la déclaration de créance, même les créanciers privilégiés spéciaux car il s'agit d'une condition pour participer à toute répartition (article 62).

La vérification des créances est opérée par le curateur en présence du failli ou celui-ci dûment appelé. Lorsque la vérification des créances a été effectuée, les curateurs dressent un procès-verbal qu'ils font signer par le Juge Commissaire et le greffier.

S'il y a des contestations, celles-ci sont renvoyées devant le Tribunal de Commerce et les créanciers sont avertis par une lettre recommandée du curateur, constituant sommation à comparaître devant le Tribunal pour entendre statuer sur le débat à la date et à l'heure fixée par le Juge Commissaire.

Les contestations qui ne sont pas immédiatement délibérées sont traitées selon la procédure ordinaire, c'est-à-dire qu'elles sont remises à date fixe ou au rôle.

L'élection de domicile est requise pour les créanciers non domiciliés dans un état de l'Union Européenne.

A défaut de déclaration de créance dans les délais, les créanciers retardataires ont toujours la possibilité de faire admettre leur créance en introduisant une procédure en admission, dans un délai de trois ans à dater du jugement déclaratif, sauf pour la créance constatée dans le cadre d'une action en intervention ou garantie, poursuivie ou intentée en cours de liquidation.

Le droit d'agir en admission d'une créance constatée pendant la liquidation par un autre tribunal que celui de la faillite se prescrit par six mois à dater du jugement déclaratif passé en force de chose jugée. Les créanciers qui produisent tardivement sont exclus du bénéfice des répartitions antérieures.

h) Revendication et clause de réserve de propriété

A peine de déchéance, l'action en revendication doit être exercée avant la clôture du procès-verbal de vérification des créances.

Une loi interprétative du 12 mars 2000 a précisé que c'est le droit de revendication qui doit être exercé, ce qui implique qu'il suffit d'une manifestation unilatérale de volonté de la part du revendiquant.

Le texte original avait donné lieu à discussion sur le fait de savoir s'il était nécessaire ou non d'introduire une procédure judiciaire avant le procès-verbal de vérification des créances, pour que la revendication puisse être admise.

La clause de réserve de propriété qui, avant la loi du 8 août 1997, devenait opposable en cas de faillite est maintenant reconnue opposable à la masse, à la condition qu'elle ait été établie au plus tard au moment de la délivrance des biens.

Une opinion restrictive exige que l'acceptation de la clause soit explicite et établie par un écrit de l'acheteur avant la livraison du bien. Telle est l'opinion de la Cour d'appel de Liège (Liège, 28 octobre 1999, RRD, 2000, 80).

Selon une autre opinion, la clause pourrait être acceptée tacitement et prouvée par toute voie de droit. Une clause insérée dans les conditions générales de vente et acceptée tacitement par l'acheteur suffirait donc (Comm. Tongres, 6 avril 1998, R.W., 1998-1999, 338).

La revendication suppose bien sûr que les biens se trouvent encore en nature dans l'actif de la faillite.

Si l'intérêt de la masse le requiert, les curateurs peuvent s'opposer à la revendication en payant le prix convenu entre le vendeur et le failli, à l'exclusion des intérêts et pénalités qui le cas échéant resteront des dettes dans la masse (article 108).

Pour plus de précisions à propos de cette matière, consulter Jean CAEYMAEX, « *Les privilèges – les modifications entraînées par les lois de 1997 et par la jurisprudence subséquente* », Formation permanente CUP, Concordat et faillite, p. 145 et s

i) Réalisation des actifs

En cas d'actifs sujets à déperissement prochain, à dépréciation imminente ou si le coût de la conservation des biens est trop élevé compte tenu des actifs de la faillite, les curateurs peuvent vendre immédiatement ces actifs, sur autorisation du Juge Commissaire, sans attendre la vérification des créances.

Le mode de réalisation normal suppose que le curateur attende la clôture du procès-verbal de vérification des créances et que le failli soit convoqué par le Juge Commissaire, en présence du curateur, pour recueillir ses observations sur la meilleure réalisation possible de l'actif.

L'article 75, § 3 contient une disposition nouvelle, destinée à protéger les créanciers ou le failli.

Lorsque ceux-ci estiment que la réalisation envisagée risque de leur porter préjudice, ils peuvent solliciter du Tribunal, par la voie du référé, la désignation d'un curateur ad hoc qui aura pour mission de demander au Tribunal de Commerce d'interdire la vente qui risquerait de porter atteinte à leur droit.

La vente des immeubles du failli doit respecter les formes prescrites par les articles 1190 et suivants du Code judiciaire, ce qui suppose le recours à la vente publique, ou à la vente de gré à gré moyennant autorisation habilitante du Tribunal de Commerce, en respectant la procédure prévue à l'article 1193 ter du Code judiciaire.

En cas de biens indivis entre le failli et son conjoint séparé de biens, le curateur peut éviter de poursuivre la sortie d'indivision et peut obtenir directement du Tribunal de Commerce l'autorisation de vente des biens indivis, dans le respect des droits de l'autre époux, dûment appelé (article 100).

L'article 75, § 4, qui vise l'homologation du transfert d'une entreprise en activité n'a qu'un intérêt assez limité, à savoir permettre à tout intéressé de poursuivre l'exécution des modalités conventionnelles. Cette disposition peut être utile lorsque des obligations de maintien d'emploi sont prévues à charge du cessionnaire.

j) Récupération des créances

L'article 51 de la loi sur les faillites dispose que le curateur recherche et recouvre sur ses quittances toutes les créances ou sommes dues au failli.

Le curateur exerce également les actions en responsabilité (actio mandati) ainsi que les actions en recouvrement de passif.

Le curateur d'une faillite ne peut cependant agir en justice qu'au nom de la masse, c'est-à-dire en fonction de droits qui sont communs à l'ensemble des créanciers et non des droits individuels de ceux-ci (Cass., 2 mars 1995, Pas., p. 250).

Pour ce qui est de l'action en comblement de passif, la loi du 4 septembre 2002 a apporté une nouveauté de taille, puisque celle-ci peut, en cas de faillite, être exercée non seulement par le curateur mais également par les créanciers lésés.

Dans ce cas, le créancier lésé en informe le curateur et le montant qui lui est alloué est limité au préjudice qu'il a subi.

Le même principe est applicable aux SPRL (article 265 du Code des sociétés), aux SCRL (article 409), et aux S.A. (article 530).

k) Clôture

Il existe deux types de clôtures, à savoir la procédure sommaire de clôture, visée à l'article 73 de la loi et la procédure normale de clôture, visée aux articles 79 et suivants.

La procédure sommaire de clôture suppose que l'actif ne suffise pas pour couvrir les frais présumés d'administration et de liquidation de la faillite.

La clôture intervient sur requête du curateur et avec convocation du failli par pli judiciaire.

Avant de pouvoir prononcer la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif, le Tribunal devra vérifier que les curateurs ont fait ce qui était en leur pouvoir pour remettre aux travailleurs les documents sociaux prévus par la loi.

Le curateur et le failli sont entendus en Chambre du conseil sur l'excusabilité et la clôture de la faillite, avant que le Tribunal ne statue.

La clôture pour insuffisance d'actif est publiée par le greffe et permet aux créanciers de rentrer dans l'exercice de leurs actions individuelles, en ce compris les intérêts qui ont couru pendant la période de la faillite, sauf si le Tribunal a déclaré le failli excusable.

Pour ce qui est des personnes morales, la décision de clôture dissout la personne morale et emporte clôture immédiate de sa liquidation.

La décision qui prononce l'excusabilité du failli est susceptible de tierce opposition par citation donnée au failli et au curateur de la part des créanciers individuellement dans le mois à compter de la publication de jugement de clôture.

La procédure normale de clôture commence par une assemblée générale des créanciers, convoquée par les curateurs, sur ordonnance du Juge Commissaire.

Les comptes de répartition sont soumis aux créanciers et peuvent faire l'objet de contredits, sur lesquels statue le Tribunal de Commerce.

Les créanciers donnent leur avis sur l'excusabilité du failli lors de cette assemblée générale, avis qui sera ensuite présenté par le Juge Commissaire au Tribunal.

La deuxième phase de la clôture implique que le failli et le curateur soient convoqués devant le Tribunal et entendus en Chambre du conseil sur l'excusabilité et sur la clôture, après avoir entendu le rapport du Juge Commissaire sur les circonstances de la faillite et sur la délibération des créanciers lors de l'assemblée générale.

Le jugement ordonnant la clôture de la faillite est notifié au failli et est publié par extrait au Moniteur Belge, lorsque le failli est déclaré excusable.

Le jugement est susceptible des voies de recours habituelles.

III.10. Excusabilité du failli et décharge des sûretés personnelles

I. Introduction :

L'une des intentions affichées du législateur de 1997 fut d'humaniser la faillite en gommant son caractère infamant et en permettant au failli un « fresh start ».

La décharge du failli déclaré excusable constitue une innovation fondamentale.

Cette révolution ne manqua pas de soulever polémiques doctrinales et divisions jurisprudentielles, tant en raison des principes remis en cause que de l'importance des enjeux, notamment pour les créanciers institutionnels et les banques.

Depuis le 1^{er} janvier 1998, date de mise en vigueur de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, les articles qui ont trait à l'excusabilité, à la décharge du conjoint et des cautions sont ceux qui ont subi le plus de modifications, plus particulièrement suite aux différents arrêts rendus par la Cour Constitutionnelle, laquelle avait mis l'accent sur l'inconstitutionnalité patente de certains articles originaires.

Les articles qui nous occupent particulièrement, à savoir les articles 79 à 82, ont notamment été modifiés par la loi de réparation du 4 septembre 2002, par la loi du 20 juillet 2005, laquelle a introduit un chapitre 4bis introduisant ainsi les articles 72bis et 72ter et par la loi du 18 juillet 2008.

Cette matière a donc fortement évolué depuis son introduction dans le droit positif.

II. La notion d'excusabilité

La notion d'excusabilité est basée sur l'inanité de maintenir à charge du failli, après la clôture de la faillite, l'ensemble des dettes non payées à l'occasion de celle-ci.

Cela obligeait le failli à vivre dans une semi clandestinité sur le plan économique, sa vie se passant, aussi longtemps que la prescription n'était pas acquise, à jouer à cache-cache avec les créanciers, en travaillant soit au noir, soit par l'intermédiaire d'autres personnes, soit s'il était salarié, en veillant à ne pas recevoir une rémunération apparente qui excède les quotités saisissables.

La notion d'excusabilité a été introduite dans notre droit par la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

Cette notion n'était cependant pas nouvelle.

Elle existait déjà sous l'empire de la loi de 1851, mais ne constituait alors qu'un genre de brevet d'honnêteté, sans portée juridique particulière, sinon la possibilité d'obtenir la réhabilitation.

Le législateur de 1997 a eu égard au fait qu'une personne qui a fait faillite doit avoir la possibilité de recommencer une nouvelle activité économique.

L'excusabilité permet, en effet, au failli d'obtenir une sorte d'effacement de ses dettes, ce qui lui permet de démarrer une vie nouvelle, sans le poids de son passé. Les travaux préparatoires enseignent que, lorsque le failli a été victime de circonstances indépendantes de sa volonté ou offre des garanties pour l'avenir d'une meilleure gestion, il faut lui permettre de reprendre ses activités en le déchargeant de son passif.

A son origine, l'excusabilité ne peut cependant pas être considérée comme une mesure générale à l'égard de tout failli.

Elle reste une mesure de faveur accordée au débiteur qui nonobstant sa faillite, peut être un partenaire commercial fiable, dont le maintien en activité commerciale ou industrielle sert l'intérêt général.

III. Les conditions de l'excusabilité : le failli malheureux et de bonne foi

La jurisprudence a immédiatement constaté que le législateur ne donnait guère de critères particuliers quant à l'octroi de l'excusabilité.

Dès l'entrée en vigueur de la loi, les décisions soulignaient que l'excusabilité n'était pas un droit mais une faveur accordée à celui qui, dans l'avenir, pourrait être considéré comme un partenaire fiable.

Certaines juridictions se sont montrées plus rigoureuses que d'autres.

Ainsi, le tribunal de Commerce de Liège considérait que tout failli qui n'a pas respecté raisonnablement les obligations qui découlent de son statut de commerçant et en suite de son état de failli ne peut prétendre à bénéficier de l'excusabilité.¹

En revanche, tout commerçant :

- qui fait face à ses obligations ;
- ou a été victime de circonstances extérieures qui sont à l'origine de sa faillite ;
- ou qui offre pour l'avenir des garanties de pouvoir efficacement s'engager dans des activités commerciales nouvelles, peut être déclaré excusable.²

¹ T. Com. Liège 7 juin 2001, JT. 2001 9 698.

² T. Com. Liège 13 juillet 1998 JLMB 1998 8 1250

Le Tribunal de Commerce de Charleroi considère que l'excusabilité instaurée par la loi nouvelle est inspirée par une double philosophie :

- d'une part, elle permet de maintenir dans les circuits économiques un débiteur qui nonobstant sa faillite peut être un partenaire commercial fiable dont le maintien en activité commerciale et industrielle sert l'intérêt général,
- et ensuite elle offre une seconde chance au commerçant malchanceux, en effaçant les stigmates qui marquent généralement l'état de faillite.

Le législateur s'apercevant que les tribunaux avaient fait du principe de l'excusabilité une faveur et non un droit, décida en 2002 de modifier le texte de l'article 80 qui prévoit désormais que, sauf circonstance graves spécialement motivées, le Tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi.

L'article 81 prévoyait cependant que les personnes physiques faillies ayant été condamnées pour infraction à l'article 489 ter du Code pénal pour vol, faux, concussion, escroquerie ou abus de confiance et les dépositaires, tuteurs, administrateurs ou autres comptables qui n'ont pas rendu et soldé leur compte en temps utile ne pouvaient être déclarés excusables.

Dans un arrêt du 22 janvier 2003, la Cour Constitutionnelle a considéré que le caractère absolu de l'inexcusabilité prévu à l'article 81 avait, pour les faillis concernés, des conséquences extrêmement graves puisque ceux qui avait été condamnés pour une infraction visée par la disposition en cause étaient automatiquement exclus de la mesure de faveur de l'excusabilité.³

La Cour a dès lors décrété que l'article 81, tel que libellé, violait les articles 10 et 11 de la Constitution, et le législateur a supprimé le deuxième de l'article 81 en sorte qu'à l'heure actuelle, **SAUF CIRCONSTANCES GRAVES SPÉCIALEMENT MOTIVÉES, LE TRIBUNAL PRONONCE L'EXCUSABILITÉ DU FAILLI MALHEUREUX ET DE BONNE FOI.**

Selon un arrêt du 14 avril 2005 de la Cour d'appel de Liège, « n'est pas malheureux et de bonne foi, le débiteur qui a adopté un comportement frauduleux ou qui a organisé de manière artificielle son insolvabilité, mettant hors de portée de ses créanciers des sommes dont il peut encore disposer de manière indirecte ». A titre d'exemple en ce qui concerne les circonstances graves justifiant de refuser l'excusabilité, on citera la Cour d'appel de Liège qui, dans un arrêt prononcé le 28 septembre 2006, rappelle que le non-paiement de montants considérables dus à des créanciers institutionnels ne constituent pas en soi un motif pour refuser l'excusabilité, à l'instar de la hauteur du passif.

³ Arrêt du 22.01.2003 n° 11/2003.

La Cour précise cependant que l'absence de tenue de comptabilité, l'absence de collaboration avec la curatelle et la poursuite d'une activité lucrative occulte après la faillite constituent des motifs de refus suffisants.

Le détournement de clientèle donne lieu à la même sanction.

En sens opposé, le Tribunal de Commerce de Verviers, dans une décision du 10 février 2003, a accordé l'excusabilité sur recours de l'Etat belge à un commerçant dont il n'était pas permis de douter de la bonne foi malgré le fait que l'intéressé n'apporte pas la preuve des circonstances malheureuses qui auraient entraîné sa faillite, ni du fait qu'il resterait un partenaire commercial fiable.⁴

Le Tribunal relève que l'Etat fait mention de ce que l'épouse du failli aurait souscrit, avant la faillite, des emprunts qui lui aurait permis de racheter l'affaire et de financer l'achat d'un véhicule de marque Mercedes.

Cependant, ces arguments déjà communiqués au Juge Commissaire, celui-ci a donné en son rapport un avis favorable se basant sur des accidents et le handicap de l'intéressé et relevant son attitude de collaboration lors des opérations de faillite. Le Tribunal soulève enfin que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 septembre 2002, ce n'est plus au failli qu'il incombe de prouver les circonstances qui justifieraient l'octroi de l'excusabilité, mais bien à l'opposant d'établir des circonstances graves qui justifieraient le refus de cette faveur.

Dans le même sens, la Cour d'Appel de Liège, par un arrêt du 24 février 2009, a considéré que même si des négligences et des erreurs de gestion sont constatées, lorsqu'il n'existe pas de circonstances graves au sens de l'article 80, justifiant que le bénéfice de l'excusabilité soit retiré au commerçant, et ce, d'autant plus que celui-ci a collaboré avec le curateur, il importe d'accorder l'excusabilité à ce dernier.⁵

Par contre, la Cour d'Appel de Liège, par décision du 13 décembre 2007, relève que le commerçant, bien que n'accusant pas d'antécédents spécifiques, a négligé la tenue régulière de sa comptabilité et a manifestement manqué d'organisation dans son entreprise de sorte que l'intéressé ne paraît pas fiable en tant que partenaire commercial.

Il résulte, d'après la Cour, de ces constatations que la faillite est due au comportement irréfléchi et au manque de fiabilité du débiteur failli. Partant, la Cour rejette le droit à l'excusabilité.

Dans un sens opposé, on constate avec surprise que le Tribunal de Commerce de Liège dans une décision du 12 juillet 2007, décision définitive, a accordé l'excusabilité à un commerçant ayant fait l'objet de condamnation pénale, sur base d'infraction à l'article 489 ter du code pénal pour vol, faux, escroquerie ou abus de confiance.

⁴ T. Commerce Verviers 10.02.2003 – A/02/077

⁵ Cour d'Appel de Liège – 24.02.2009 – Rép. N° /204

Le Tribunal relève que le caractère absolu de l'inexcusabilité prévu par l'article 81 a, pour les faillis concernés, des conséquences extrêmement graves, puisque ceux qui ont été condamnés pour une infraction visée par la disposition en cause sont automatiquement exclus de la mesure de faveur de l'excusabilité, sans que le Juge ait la possibilité de vérifier si l'intéressé serait un partenaire commercial suffisamment fiable...

Pareille exclusion de l'excusabilité illimitée dans le temps absolu et automatique des faillis qui ont été condamnés pour l'une quelconque des infractions, va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi : il n'apparaît pas que le fait de conférer au Juge un certain pouvoir d'appréciation en la matière donnant lieu, au besoin, à une motivation spécifique, porterait atteinte aux objectifs du législateur.

Le Tribunal considère qu'il n'y a pas lieu de refaire un procès pénal, il faut pouvoir prendre en considération la décision pénale dans son contexte et enfin, il faut également tenir compte du comportement du justiciable face à la procédure de faillite.

En l'espèce, il apparaît manifeste que le comportement de l'intéressé a jeté un discrédit certain sur une profession basée principalement sur la confiance, mais il importe également de retenir que l'intéressé a intérêt à pouvoir bénéficier de l'excusabilité, tenant compte de ses erreurs de jeunesse qui n'ont été que le reflet malheureux d'un contexte particulier et d'autre part, sa parfaite collaboration avec la curatelle, qui ainsi a démontré qu'il avait pris conscience de ses fautes...

En ce sens, le Tribunal de Commerce de Liège, par sa décision du 12 novembre 2007, a considéré que le failli, simple entrepreneur sans personnel, bien qu'ayant fait l'objet d'une condamnation pénale pour des faits de détournement ayant entraîné la faillite, n'exclut pas le prononcé de l'excusabilité, tenant compte de l'intérêt général de prendre la décision pénale dans son contexte, et de tenir compte du comportement face à la procédure de faillite...

On notera que la première version de la loi de 1997 envisageait l'excusabilité pour les personnes physiques mais également pour les personnes morales ayant la qualité de commerçant.

Cette possibilité a été abrogée par la loi du 4 septembre 2002.

Par la réforme du 20 juillet 2005, le principe est resté, à savoir que la personne morale faillie ne peut être déclarée excusable.

IV. Les effets de l'excusabilité

Quant au failli

1) L'impossibilité de poursuites

Dans l'état actuel de notre législation, lorsque le failli est déclaré excusable, il ne peut plus être poursuivi par ses créanciers⁶.

En d'autres termes, à l'issue de la procédure de faillite, les créanciers qui n'auront pas été intégralement désintéressés ne recouvreront par leurs droits à l'encontre du failli.

Leurs créances seront irrécouvrables.

L'excusabilité est cependant sans effet sur les dettes alimentaires du failli et sur 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.

L'excusabilité du failli vaut pour tous les créanciers sans exception, qu'ils aient ou non produit leur créance à la faillite, pour autant que la créance soit née au moment du jugement déclaratif de faillite et ait pu, dès lors, entrer dans la masse.

L'excusabilité vaut aussi à l'égard des dettes fiscales et sociales du failli⁷, ce qui n'a pas manqué de susciter quelques frémissements relatifs aux principes d'égalité devant l'impôt et de la légalité de l'impôt⁸.

Les dettes de la masse ne sont quant à elles pas affectées par la déclaration d'excusabilité.

L'excusabilité déploie ses effets à la date du prononcé du jugement et est donc sans effet sur les dettes de la masse, par hypothèse postérieures au jugement déclaratif de faillite.

La Cour de cassation considère que les précomptes immobiliers notamment relatifs aux exercices d'imposition après l'ouverture de la faillite constituent des dettes de la masse et ne sont donc pas affectées par la déclaration d'excusabilité.

Dans un autre arrêt de la Cour d'appel de Liège, il était question de précompte immobilier récupéré par l'administration fiscale tenant compte de la non-reconnaissance de l'excusabilité en instance.

Notons que par jugement du 21 décembre 2006, le tribunal de commerce de Verviers a considéré que si la législation en vigueur ne prévoit pas une excusabilité partielle, la loi ne l'interdit cependant pas.

⁶ Article 82 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

⁷ P. Cavenaile et P. Ramquet, Le nouveau régime légal des faillites et concordats, Ed. du Jeune barreau de Liège, Liège, 1997, p. 151.

⁸ I. Verougstraete, Manuel de la faillite et du concordat, Kluwer, 1998, n° 979, p. 539.

Cette opinion est cependant loin de faire l'unanimité.

2) La réhabilitation

L'article 110 de la loi sur les faillites prévoit que le failli déclaré excusable est réputé réhabilité.

Quant au conjoint ou ex-conjoint du failli

La loi du 18 juillet 2008 a modifié l'alinéa 2 de l'article 82, lequel prévoit désormais que :

« Le conjoint du failli qui est personnellement obligé à la dette de son époux ou l'ex-époux qui est personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité ».

Cette nouvelle disposition supprime donc la différence de traitement qui existait entre le conjoint du failli responsable des dettes et l'ancien conjoint qui s'était porté garant des dettes pendant la durée du mariage.

Lorsque le mariage était dissout, le dernier conjoint ne bénéficiait plus automatiquement d'une excusabilité.

Dès lors, auparavant, le failli excusé et divorcé pouvait repartir avec une ardoise vierge tandis que son ex-conjoint, dont la situation financière était peut-être encore stable, se voyait soudainement confronté à des créanciers qui exigeaient le paiement des dettes sur lesquelles il n'avait eu aucune influence au moment où elles avaient été contractées.

V. La procédure

Dans le cadre de la procédure de clôture, le droit des créanciers est limité à l'avis donné conformément à l'article 79, alinéa 2, de la loi sur les faillites.

Cet avis est rapporté par le Juge Commissaire au Tribunal en Chambre du conseil qui prend acte de la délibération des créanciers relative à l'excusabilité du failli, notant le rapport du Juge Commissaire sur les circonstances de la faillite.

Le curateur et le failli sont entendus en Chambre du conseil sur l'excusabilité et sur la clôture de la faillite.

Sauf circonstances graves spécialement motivées, le Tribunal prononce l'excusabilité du failli malheureux et de bonne foi.

Remarque : En vertu de l'article 80, la décision sur l'excusabilité est susceptible de tierce opposition par citation donnée au curateur et au failli de la part des créanciers intéressés dans le mois à compter de la publication du jugement de clôture de la faillite.

Cette tierce opposition faite par un créancier doit l'être dans le mois à compter de la publication du jugement de clôture de la faillite au Moniteur.

Le failli dispose également d'un recours, à savoir une possibilité d'appel dans le mois à dater de la notification de la décision par pli judiciaire.

Le failli peut demander au Tribunal de statuer sur son excusabilité six mois après la date du jugement déclaratif de faillite.

Le législateur a permis de scinder le débat sur l'excusabilité de la clôture de la faillite, afin de limiter l'impact que pouvait avoir la durée de la procédure collective sur la situation financière du failli.

Ce double délai amène cependant à formuler quelques observations critiques :

- 1) L'objectif constant du législateur, lorsqu'il a remanié profondément la matière des faillites en 1997, était d'accélérer le traitement des faillites. Dans cette mesure, la possibilité de dissocier le débat sur la clôture de celui de l'excusabilité devrait être conçue comme une exception puisque, en principe, la clôture doit intervenir dans les plus brefs délais ;
- 2) Lors de la clôture, le tribunal reçoit une vision globale de la faillite, il en a un aperçu complet, l'ensemble de l'actif et du passif de la faillite est figé. Le fait de distinguer les deux débats constitue une étape supplémentaire dans la mise à l'écart des créanciers dans les questions importantes dans la faillite ;
- 3) En acceptant un débat anticipé sur la faillite, le tribunal court le risque que le failli n'ait plus le même souci de poursuivre une parfaite collaboration avec le curateur. La tâche de celui-ci risque d'en être encore plus complexe et, de ce fait, ralentie.

Cette dissociation devrait donc, dans les faits, rester exceptionnelle. Elle devrait être limitée aux hypothèses où l'information du tribunal peut être parfaite et où, quoi que la faillite soit virtuellement en voie de clôture, cette clôture ne peut être envisagée à brève échéance pour des raisons objectives, par exemple parce que des procédures judiciaires sont en cours. Il est permis de s'interroger sur le type d'actions que pourrait introduire un créancier « lésé » par une décision anticipée accordant l'excusabilité au failli alors que la poursuite de la liquidation de la faillite révélerait ensuite des circonstances excluant que le failli soit encore considéré comme malheureux et de bonne foi...

III.11. La décharge de la caution du failli

I. INTRODUCTION :

Le failli déclaré excusable ne peut plus être poursuivi par ses créanciers.

Il ne subsiste qu'une obligation naturelle.

La dette ne disparaît donc pas.

Ce choix du législateur a eu des conséquences pour les cautions.

Les cautions ne bénéficient pas de l'excusabilité du failli.

La Cour de cassation a en effet décidé, le 16 novembre 2001, que l'excusabilité n'éteignait pas la dette, mais constituait une exception purement personnelle au failli, dont la caution ne pouvait exciper en vertu de l'article 2036 du Code civil.

La loi du 20 juillet 2005 a modifié les articles 73 et 80 de la loi sur les faillites, qui disposent désormais que la personne qui s'est constituée sûreté personnelle du failli (personne morale ou personne physique) et ce, à titre gratuit, peut obtenir la décharge sauf lorsqu'elle a organisé frauduleusement son insolvabilité.

Le législateur a ainsi remédié à l'inconstitutionnalité dénoncée par la Cour d'arbitrage, aujourd'hui Cour Constitutionnelle, dans son arrêt du 30 juin 2004 (n° 114/2004) en dissociant le régime de l'excusabilité du failli de celui de la décharge des cautions désormais applicable aux cautions des personnes morales exclues du bénéfice de l'excusabilité.

Le champ d'application de la mesure a été considérablement élargi, puisque désormais les sûretés personnelles de tous les faillis, qu'ils soient personnes physiques ou sociétés commerciales, peuvent demander un débat sur la décharge.

La décharge de la caution est donc indépendante de l'excusabilité du failli. Elle n'est ni automatique, ni générale.

Pour que la décharge soit accordée, 3 conditions doivent être rencontrées :

1. il faut que la personne qui sollicite la décharge se soit engagée comme sûreté personnelle ;
2. qu'elle se soit engagée à titre gratuit ;
3. qu'il existe une disproportion entre son engagement et son patrimoine et ses revenus.

La décharge requiert également des formalités de déclaration imposées par les articles 72 bis et 72 ter.

Elle est, en outre, soumise à l'appréciation du tribunal qui a la faculté de décharger, en tout ou en partie, la caution s'il constate que son obligation est disproportionnée par rapport à ses revenus et à son patrimoine.

La décharge n'a lieu que dans la mesure de la disproportion de l'engagement de la sûreté personnelle.

La dette de la caution disparaît au moment où le Juge statue.

La décharge n'a donc d'effet que pour l'avenir.

Il s'en suit que le créancier ne devra pas rembourser un paiement partiel qui était intervenu avant le jugement définitif de décharge.

En conclusion, le régime est à présent écartelé entre le sort extrêmement favorable réservé au failli malheureux et de bonne foi et celui plus indécis de ses sûretés personnelles à titre gratuit ou encore celui de son conjoint.

II. LES FORMALITÉS DE DÉCLARATION

La loi du 20 juillet 2005 a inséré un article 72bis concernant les personnes qui se sont constituées sûretés personnelles du failli.

« Pour bénéficier de la décharge, les personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont constituées sûreté personnelle du failli sont tenues de déposer au greffe du Tribunal de Commerce une déclaration attestant que leur obligation est disproportionnée à leur revenu et à leur patrimoine ».

L'article 72ter poursuit :

« La déclaration de chaque personne mentionne son identité, sa profession et son domicile. La personne joint à sa déclaration :

- *La copie de sa dernière déclaration IPP ;*
- *Le relevé de l'ensemble des éléments actifs ou passifs qui composent son patrimoine ;*
- *Toute autre pièce de nature à établir avec précision l'état de ses ressources et les charges qui sont les siennes ».*

III. LA PERSONNE PHYSIQUE SÛRETÉ PERSONNELLE

La sûreté personnelle est une garantie qui consiste en l'adjonction d'un second débiteur au premier et qui, par conséquent, étend le droit de gage général du créancier à un second patrimoine, mais ne confère aucun droit de préférence sur un ou plusieurs biens particuliers.

Le texte de l'article 72 bis est clair : sont visées les personnes physiques qui se sont constituées sûreté "personnelle" du failli.

Le texte ne vise que la sûreté personnelle, personne physique, à l'exclusion de toute personne morale, se fut-elle constituée sûreté personnelle à titre gratuit.

L'engagement de la personne physique comme sûreté personnelle doit résulter de l'effet de sa volonté.

N'est donc pas visé par le texte, le coobligé par l'effet indirect d'une loi.

IV. LA SÛRETÉ PERSONNELLE DOIT S'ÊTRE CONSTITUÉE À TITRE GRATUIT.

La loi du 20 juillet 2005, en ce qu'elle déroge au principe de la convention-loi (article 1134 du Code civil), est de stricte interprétation et ne définit pas, ce qui est regrettable, la notion de « caution à titre gratuit ».

Il convient dès lors de s'en référer à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage qui a engendré les différentes modifications apportées à la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

La Cour a précisé, dans son arrêt du 30 juin 2004, que la nature gratuite de la caution porte sur **l'absence de tout avantage, tant direct qu'indirect que la caution peut obtenir grâce à un cautionnement.**

« La circonstance que le bailleur de sûreté retire des revenus de la société dont il est administrateur, d'une qualité autre que celle de bailleur de sûreté personnelle, n'exclut que le juge puisse contrôler que ces revenus constituent un avantage économique dont la personne en question peut bénéficier en raison de la constitution de la sûreté de la société. »

Pour conclure au caractère gratuit de la constitution de sûreté, il ne suffit pas de constater qu'aucune rémunération concrète n'a été stipulée en contrepartie pour celle-ci.

Le caractère gratuit de la sûreté personnelle doit être apprécié par le Juge au moment où la sûreté s'engage ».

La nature gratuite de la sûreté personnelle s'apprécie au moment où il est pris et non au jour de la faillite ou au moment de l'appel à la garantie par le créancier.

A la lecture des travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 2005, il appert également que la caution à titre gratuit s'entend de la caution de bienfaisance qui s'est engagée de façon désintéressée.

Dans cette optique, il est indifférent que la sûreté personnelle démontre qu'elle n'a pu retirer concrètement d'avantage grâce à son engagement personnel puisque son engagement n'était pas fondé sur des motifs de bienfaisance.

Dès lors, les gérants, administrateurs, fondateurs, associés, actionnaires qui ont cautionné les engagements souscrits par leur propre société ne peuvent être assimilés à des sûretés à titre gratuit puisqu'au moment où ils s'engagent, ils espèrent retirer un avantage direct ou indirect de la société qu'ils cautionnent.

Les premières décisions prononcées vont dans le même sens : le gérant ou administrateur d'une société n'est pas considéré comme sûreté personnelle à titre gratuit lorsqu'il bénéficie de revenus directs ou indirects de la société.

Une certaine jurisprudence considère même que si le gérant n'a pas bénéficié de revenus, il a eu l'espoir d'en retirer et cet avantage potentiel suffit à exclure la caractère gratuit de son engagement.

Il en est de même de l'actionnaire d'une société qui ne peut être considéré comme caution à titre gratuit car il s'est engagé en cette qualité pour la société, il pourrait retirer un dividende.

Le Tribunal de Commerce de Termonde a considéré également que le conjoint du gérant ou de l'administrateur de la société ne pouvait être considéré comme désintéressé dès lors qu'il espère potentiellement que l'activité générera un revenu susceptible d'alimenter le patrimoine commun.

Cette évolution de la matière d'excusabilité et de la décharge des cautions atteint un nouveau palier, excluant toute prise en compte des intérêts du créancier.

Le régime de faveur accordé à la sûreté personnelle à titre gratuit sous certaines conditions constitue une entorse au principe légal de la convention-loi (article 1134 du Code civil) et à l'article 7 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 selon lequel celui qui s'oblige personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents et à venir.

La Cour constitutionnelle considère que le choix du législateur de ne permettre qu'à la caution à titre gratuit de bénéficier de la décharge, ne peut être source de discrimination, car en permettant aux seules personnes qui ne poursuivent aucun avantage économique par le biais de leur caution de se libérer de leurs obligations, le législateur a entendu protéger la catégorie des cautions la plus désintéressée et la plus vulnérable.

V. L'OBLIGATION DE LA CAUTION DOIT ÊTRE DISPROPORTIONNÉE

Le Tribunal décharge la sûreté personnelle en tout ou en partie lorsqu'il constate que son obligation est disproportionnée à ses revenus et à son patrimoine, les deux sont cumulatifs.

Une simple disproportion suffit.

La disproportion doit exister au moment du prononcé du jugement : la nécessité d'actualiser les documents à joindre aux débats témoigne de cette exigence.

La disproportion devait-elle exister auparavant au moment de la déclaration de faillite ?

Certains le pensent, ce qui expliquerait l'obligation faite à la caution de déposer les pièces justificatives tant au moment de sa déclaration qu'au moment de l'audience.

En garantissant les engagements d'un commerçant, la personne concernée a conforté le crédit dudit commerçant, lui a permis de poursuivre ses activités économiques et a ainsi contribué au dynamisme économique du pays.

Il serait donc excessif de ne pas lui permettre de bénéficier d'une décharge totale ou partielle lorsque les événements l'ont placée dans une situation personnelle difficile.

III. QUID DE LA DECHARGE DES SURETES PERSONNELLES

Le texte exclut les sûretés réelles, telles que le tiers affectant hypothécaire ou le tiers qui a affecté un bien en garantie.

La même observation vaut pour le tiers gagiste.

Si des personnes physiques ont apporté ce type de garantie réelle à la dette du failli, elles ne pourront pas demander de débat sur la décharge éventuelle, peu importe qu'elles aient garanti le failli à titre gratuit et que leurs obligations soient disproportionnées à leurs revenus et leur patrimoine.

On peut se demander si la différence de traitement existant entre la sûreté personnelle et la sûreté réelle n'est pas manifestement déraisonnable.

La Cour Constitutionnelle a dit pour droit, dans un arrêt du 25 janvier 2006, que l'absence de toute possibilité de décharge pour le tiers garant hypothécaire à la faveur de la faillite du débiteur garanti n'est pas incompatible avec les principes d'égalité et de non-discrimination inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour a considéré que la différence de traitement critiquée repose sur un critère objectif : d'une part, la personne qui donne un immeuble en garantie ne risque de perdre que ce bien et, d'autre part, l'intervention d'un officier public spécialisé, et qui a une obligation de conseil et d'information, permet à la personne physique ayant consenti une hypothèque sur son immeuble en garantie des dettes d'autrui de connaître la portée de son engagement.

La position de la Cour constitutionnelle est critiquable dans la mesure où l'immeuble est bien souvent l'unique bien de valeur du patrimoine de la sûreté.

Dans les faits, ce seront souvent les parents du jeune entrepreneur qui, au lieu de s'engager en qualité de caution, apporteront leur immeuble en garantie à la demande d'un organisme bancaire.

Au demeurant, la protection due à la nécessité d'un acte notarié n'existe pas dans tous les cas de sûreté réelle pour autrui.

Par exemple, le tiers bailleur de gage ne bénéficie pas de cette protection.

Certains considèrent qu'il ne dépend que de la volonté du législateur de soumettre la sûreté réelle au même régime de décharge et qu'il est douteux que son abstention de le faire soit fondée sur un critère objectif et raisonnable qui s'oppose à ce que le juge apprécie, comme pour la sûreté personnelle, la disproportion de l'engagement d'une sûreté réelle⁹.

Alors que l'immeuble peut représenter l'essentiel du patrimoine de la sûreté, il peut être sauvé si son propriétaire est caution, mais ne peut l'être si son propriétaire est affectant hypothécaire.

Il convient, cependant, de réserver l'application de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 2006 selon lequel on peut appliquer au « cautionnement réel », c'est-à-dire à la sûreté réelle consentie en garantie des dettes d'autrui, les règles du cautionnement pour autant qu'elles soient compatibles avec la nature de la sûreté réelle.

⁹ J. CAEYMAEX (note sous CA, 25 janvier 2006), J.L.M.B. 2006, n° 18

REMARQUE IMPORTANTE :

Se pose dès lors la question de savoir si l'excusabilité prévue par l'article 80, alinéa 3, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites est compatible ou non avec le caractère réel de la garantie donnée, ce qui est source de grande insécurité juridique.

Plusieurs auteurs estiment qu'il y a incompatibilité entre la nature réelle de la sûreté consentie et la décharge prévue par l'article 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites.

Dans un arrêt du 24 février 2009, la Cour d'appel de Liège a dit pour droit que lorsque deux époux ont contracté un crédit « habitation » garanti par une hypothèque sur la résidence commune et sur un immeuble propre en nue-propriété de l'épouse, après la faillite du mari, la déclaration de son excusabilité et la vente de l'immeuble commun, l'épouse est déchargée de l'obligation qu'elle a contractée avec son mari, ce qui fait obstacle à la mise en œuvre de la garantie hypothécaire sur le bien en nue-propriété.

En sa qualité de conjoint du failli excusé, l'épouse est donc déchargée de ses obligations et le créancier ne peut plus la poursuivre, ce qui fait obstacle à la mise en œuvre de la garantie hypothécaire.

Cependant, la situation de cette épouse ayant consenti une hypothèque sur un bien propre ne peut être assimilée à celle d'un tiers affectant hypothécaire.

La Cour précise que : « Certes, il est acquis qu'un tiers affectant hypothécaire ne peut prétendre au bénéfice de la décharge prévue à l'article 80, alinéa 3, de la loi sur les faillites au profit de la personne physique qui « à titre gratuit s'est constituée sûreté personnelle du failli » puisqu'il n'est pas une sûreté personnelle et qu'il ne peut davantage prétendre à l'extinction de l'hypothèque ensuite de l'excusabilité accordée au failli, laquelle ne prévoit qu'une suspension du droit de poursuite à l'égard de ce dernier, la Cour constitutionnelle ayant par ailleurs décidé que ce régime n'était pas discriminatoire.

Mais en l'espèce, la situation du conjoint du failli est réglée par une disposition spécifique, l'article 82, alinéa 2, de la loi sur les faillites, sans qu'elle doive être examinée au regard de l'article 80, alinéa 3, relatif aux sûretés personnelles à titre gratuit.

Précisément, l'article 82, alinéa 2, place le conjoint sur le même pied que le failli excusé en sorte que, tout comme ce dernier, il ne peut plus être poursuivi, ce qui exclut toute mesure d'exécution forcée à son égard, en ce compris l'intentement de l'action hypothécaire par la saisie-exécution de l'immeuble ».

Il s'est, d'autre part, posé la question de savoir si le cohabitant légal devait également profiter de l'excusabilité tout comme l'époux ou l'épouse.

La Cour Constitutionnelle a répondu à cette question par décision du 21 novembre 2010.

Après avoir dû se prononcer sur une série importante d'arrêts au sujet de l'excusabilité de l'époux ou de l'ex-époux d'une personne faillie, le législateur a dû modifier la législation de manière répétée pour se conformer à cette jurisprudence.

Qu'en est-il du cohabitant qui n'est pas lié par les liens du mariage ?

Par décision du 21 novembre 2010, la Cour Constitutionnelle devait se prononcer, l'issue de cette procédure étant loin d'être prévisible, puisque le statut de l'un et de l'autre n'est pas identique.

La Cour a tout de même estimé qu'il y avait une discrimination puisque le cohabitant légal pouvait également être obligé à la dette du failli.

La Cour n'a pas tenu compte des différences existant entre le régime juridique du mariage et de la cohabitation légale et sans donner d'explications à considérer qu'il n'y avait pas de solution différente à donner quant à la portée de l'excusabilité en cas de faillite du cohabitant.

Le législateur devra donc revoir sa loi.

Les cohabitants légaux pourront invoquer dès à présent cette jurisprudence pour s'opposer aux poursuites des créanciers de leur partenaire.

Le débat n'est peut-être pas clos, même si l'on peut douter d'un revirement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, mais des projets de modification existent...

IV. DE LA LIQUIDATION

Introduction

La loi du 2 juin 2006 modifie le Code des sociétés en vue d'améliorer la procédure de liquidation.

La disposition la plus révolutionnaire est que « *les liquidateurs n'entrent en fonction qu'après confirmation par le Tribunal de Commerce, de leur nomination résultant de la décision prise par l'assemblée générale* ».

Cette disposition résulte de l'article 484, § 1^{er} du Code des sociétés.

Le texte précise que dans les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, les décisions ne sont valablement prises que par l'assentiment de la moitié des associés possédant les trois-quarts de l'avoir social.

A défaut de cette majorité, il est statué par les tribunaux.

Il est à relever que si le liquidateur est une personne morale, la personne physique qui la représentera doit être désignée dans l'acte de nomination.

Le remplacement du représentant doit être soumis à la procédure de confirmation ou d'homologation, déposée et publiée.

Le Tribunal ne prendra en considération pour accorder ou non l'homologation de la désignation qu'après avoir vérifié que les liquidateurs offrent « *toutes les garanties de probité* ».

A cet effet, la loi édicte deux nouvelles séries d'incompatibilités, les unes absolues et les autres temporaires.

Ils incompatibilités sont les condamnations pour banqueroute, vol, faux, escroquerie, ...

Les incompatibilités relatives sont l'état de failli non réhabilité et la condamnation à une peine d'emprisonnement même avec sursis pour les infractions mentionnées à l'article 1^{er} de l'arrêté royal numéro 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés faillis d'exercer certaines fonctions.

Il est primordial de relever que si le Tribunal intervient quant à l'homologation de la désignation des liquidateurs, le Tribunal sera également intéressé par la clôture de la liquidation.

En effet, la législation nouvelle introduit la notion de plan de répartition : « *avant la clôture de la liquidation, les liquidateurs soumettent le plan de répartition de l'actif entre les différentes catégories de créanciers pour accord au Tribunal de Commerce dans l'arrondissement duquel se trouve le siège social de la société* ».

Le Tribunal peut requérir du liquidateur tout renseignement.

Il est à retenir que le Tribunal doit donner son « *accord* » sur le plan.

Il s'impose dès lors au liquidateur de suivre strictement la loi sur l'ordre des créanciers.

Ce ne sera pas la seule obligation pour les liquidateurs, puisque ceux-ci transmettront désormais à cours des 6^e et 12^e mois de la première année de la liquidation, un état détaillé de la situation de la liquidation au greffe du Tribunal de Commerce de l'arrondissement duquel se trouve le siège de la société.

A partir de la deuxième année de la liquidation, cet état détaillé n'est transmis au greffe et versé au dossier de liquidation que tous les ans.

L'obligation précitée doit permettre au Tribunal, sur base de l'état annuel, de contrôler si le liquidateur exerce convenablement sa mission.

En cas de non-respect des obligations précitées, le Tribunal de Commerce peut, uniquement sur requête du Ministère public ou de tous tiers intéressés, pourvoir au remplacement du liquidateur après l'avoir entendu.

ASPECT LEGAL

1. De la liquidation judiciaire

La dissolution judiciaire des sociétés qui ne sont plus actives ou qui ne remplissent leurs obligations en matière de publication de comptes a été introduite par la loi du 13 avril 1995 qui permet au Tribunal de Commerce de prononcer la dissolution de sociétés restées en défaut de publier leurs comptes annuels trois exercices consécutivement.

L'objectif manifeste du législateur est de vider la centrale des bilans de sociétés dormantes.

La procédure est visée par l'article 182 du code des sociétés qui peut être introduite par tout intéressé ou par le Ministère Public.

La demande doit être dirigée contre la société, au plus tôt à l'expiration d'un délai de sept mois suivant la date de clôture du troisième exercice comptable.

Si la série des bilans non déposés est interrompue par le dépôt des comptes annuels d'un des deux exercices, la dissolution ne peut être prononcée.

La société concernée peut demander un délai de régularisation laissé à l'approbation du Tribunal.

La dissolution prend effet à dater de la décision qui la prononce.

A l'égard des tiers, elle n'est opposable qu'à partir de la publication aux annexes du Moniteur Belge.

L'article 182 n'édite aucune qualité spécifique pour être liquidateur.

Il n'est pas requis que ce soit un avocat.

La clôture de la liquidation est prononcée par le Tribunal et pourrait même être prononcée dès la mise en liquidation.

2. De la dissolution volontaire (articles 181 et suivants du Code des sociétés)

Dans ce cas de figure, il s'agit d'une dissolution volontaire de société.

Les associés/actionnaires, réunis en assemblée générale extraordinaire, peuvent décider de dissoudre volontaire la société.

L'article 181 du Code des sociétés décrit la procédure applicable à la S.C.R.L., à la S.C.A., à la S.P.R.L., et à la S.A.

Pour le respect de cette procédure, il est requis :

- 1) une situation comptable datant de moins de trois mois, établie conformément aux règles d'évaluation de l'article 28, § 2, de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 ;
- 2) un rapport spécial du Conseil d'Administration ou Conseil de gérance justifiant la demande de dissolution ;
- 3) la tenue d'une A.G.E. afin de voter la décision de la dissolution. La décision de dissolution anticipée doit être prise par l'assemblée générale délibérant dans les formes requises pour les modifications des statuts. La décision devra être constatée par un acte authentique (devant notaire) pour les sociétés S.A., S.C.A, S.P.R.L. et les S.C.R.L.

la proposition de dissolution anticipée sera adoptée si elle réunit les trois-quarts des voix et que le quorum de 50% est réuni. Si ce quorum n'est pas atteint, une nouvelle assemblée, convoquée pour délibérer sur le même ordre du jour, pourra délibérer quel que soit le nombre de parts ou actions présentes ou représentées.

La majorité requise est cependant réduite si l'on se trouve dans le cadre de la procédure d'alarme prévue à l'article 633 du Code des sociétés (l'actif net étant réduit par suite de pertes à un montant inférieur à un quart du capital social) ; dans ce cas, la proposition de dissolution sera adoptée si elle recueille un quart des voix émises à l'assemblée.

A noter que les actions sans droit de vote ont néanmoins un droit de vote lorsque l'assemblée doit délibérer sur la dissolution de la société.

Remarques :

- 1) Dans le cadre de la procédure de « *sonnette d'alarme* », c'est-à-dire dans le cas où l'actif net est réduit à moins de la moitié (ou d'un quart) du capital souscrit par suite de perte (article 633 du C.S. pour les S.A., article 322 pour les S.P.R.L., et article 431 pour les S.C.), le Conseil d'administration doit convoquer une A.G. dans les deux mois à dater du moment où la perte a été ou aurait dû être constatée. Il doit également rédiger un rapport et faire un plan financier de redressement. A défaut de présenter un plan de redressement, la décision de l'assemblée de poursuivre les activités serait frappée de nullité et les administrateurs / gérants seront considérés comme responsables solidaires des dommages résultant de cette continuation. Le rapport de l'organe de gestion doit être à la disposition des actionnaires ou associés quinze jours avant l'assemblée. L'A.G. pourra alors prendre la décision d'accepter les mesures de redressement ou de les rejeter et voter ainsi la dissolution de la société, pour autant qu'un notaire soit présent à l'A.G. pour établir l'acte authentique ;

La décision de poursuivre les activités peut être prise à la majorité simple, sans qu'il ne soit exigé de quorum de présences, sauf stipulation contraire dans les statuts.

Lorsque l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social, la même procédure est appliquée avec l'unique différence que l'assemblée pourra prononcer la dissolution si une majorité d'un quart des voix exprimées se prononce en faveur de cette dissolution.

Si l'assemblée ne décide pas de dissoudre la société, un procès-verbal sous seing privé suffit.

- 2) La décharge relative aux actes accomplis par les organes de gestion (administrateurs ou gérants) doit être soumise aux votes.

La décharge est nécessaire pour éviter que les liquidateurs ne restent personnellement tenus de la responsabilité de la gestion vis-à-vis des associés / actionnaires.

3. De l'intervention du Tribunal de Commerce (Loi du 2 juin 2006) en vue d'améliorer la procédure de liquidation

a) Entrée en fonction

Les liquidateurs n'entrent en fonction qu'après confirmation par le Tribunal de Commerce de leur nomination résultant de la décision prise par l'assemblée générale. Le Tribunal de Commerce est celui de l'arrondissement où la société a son siège le jour de la décision dissolution. Si le siège de la société a été déplacé

dans les six mois précédant la décision de dissolution, le Tribunal compétent est celui de l'arrondissement où la société avait son siège avant que celui-ci ne soit déplacé. Le Tribunal n'accorde confirmation de la nomination qu'après avoir vérifié que les liquidateurs offrent toutes les garanties de probité. Le Tribunal statue également sur les actes que le liquidateur a éventuellement accomplis entre sa nomination par l'assemblée générale et la confirmation de cette nomination. Il peut confirmer ces actes de manière rétroactive ou les annuler s'ils constituent une violation manifeste des droits de tiers. Un acte portant nomination d'un liquidateur ne peut être valablement déposé conformément à l'article 74 que si le Tribunal de Commerce y joint une copie de la décision de confirmation ou d'homologation.

b) Conditions pour pouvoir être liquidateur

Ne peuvent être désignés comme liquidateurs, ni les personnes qui ont été condamnées pour infractions aux articles 489 et 490 bis du Code pénal ou pour vol, faux, concussion, escroquerie ou abus de confiance, ainsi que tout dépositaire, tuteur, administrateur ou comptable qui n'a pas rendu et soldé son compte en temps utile.

Cette exclusion ne peut intervenir que pour autant qu'elle adienne endéans un délai de dix ans, prenant cours à dater d'une décision définitive de condamnation ou de l'absence de reddition et solde de compte en temps utile.

Ne peuvent non plus être nommées comme liquidateur, sauf homologation par le Tribunal compétent, les personnes qui ont été déclarées en faillite sans avoir obtenu la réhabilitation et celles qui ont encouru une peine d'emprisonnement, même avec sursis, pour l'une des infractions à l'article 1^{er} de l'arrêté royal numéro 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités, pour une infraction à la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises ou à ses arrêtés d'exécution, ou pour une infraction à la législation fiscale.

En cas de refus d'homologation ou de confirmation, le Tribunal compétent désigne lui-même le liquidateur, éventuellement sur proposition de l'assemblée générale.

Le Tribunal de commerce est saisi par requête unilatérale de la société, déposée conformément aux articles 1025 et suivants du Code judiciaire. La requête est signée par l'organe compétent de la société ou par un avocat et accompagnée d'un état comptable de l'actif et du passif. Le Tribunal statue au plus tard dans les 24 heures du dépôt de la requête.

Le Tribunal peut également être saisi par requête du Procureur du Roi ou de tout tiers intéressé, conformément aux articles 1034 bis et suivants du Code judiciaire.

Les liquidateurs forment un collège.

Au cas où le liquidateur est une personne morale, la personne physique qui représente le liquidateur doit être désignée dans l'acte de nomination.

4. Du liquidateur

4.1. Nomination du liquidateur

Il peut être désigné par les statuts, sinon c'est l'acte de dissolution qui le nomme. Les liquidateurs sont nommés par l'assemblée générale à la majorité sans devoir respecter un quorum de présences.

A défaut de nomination et de désignation dans les statuts, ce sont les organes de gestion qui vont devoir assumer la fonction de liquidateur.

Remarque : Liquidation judiciaire (article 182 du Code des sociétés)

Le Tribunal peut aussi désigner des liquidateurs judiciaires :

- à défaut de dépôt des comptes annuels pendant trois années consécutives ;
- lorsque les organes de gestion refusent d'assumer ce rôle ;
- quand la nullité de la société a été prononcée par décision judiciaire (article 175 C.S.) ;
- dès qu'il y a impossibilité de réunir une assemblée à cause du désaccord profond des associés.

4.2. Pouvoirs du liquidateur

Les limites des pouvoirs du liquidateur se trouvent dans le Code des sociétés, dans les statuts de la société et dans contenant sa mission.

Tout acte du liquidateur qui sortirait du cadre de son mandat et ne serait pas ratifié par l'assemblée générale engage sa responsabilité vis-à-vis de la société.

Sauf autres dispositions statutaires ou reprises dans l'acte de nomination, les liquidateurs peuvent accomplir les actes normaux de liquidation prévus par l'article 186 C.S.

Ils peuvent :

- 1) procéder à des appels de fonds des capitaux non appelés afin de respecter l'égalité entre les associés ;
- 2) intenter et soutenir toute action pour la société ;
- 3) recevoir tout paiement ;
- 4) donner mainlevée avec ou sans quittance ;
- 5) réaliser toutes les valeurs mobilières de la société ;
- 6) endosser tout effet de commerce ;
- 7) transiger ou compromettre sur toute contestation ;
- 8) donner les préavis au personnel ;
- 9) aliéner des immeubles par adjudication publique, à la condition que ce soit pour payer des dettes sociales.

4.3. De la mission du liquidateur

Le liquidateur a pour mission de réaliser au mieux les actifs en vue de payer les dettes et de répartir ce qu'il reste éventuellement à partager.

1° Dresser un inventaire complet de l'actif et du passif

- un inventaire physique des immobilisations et des stocks même totalement amortis ;
- un inventaire des actifs circulants et des dettes.

Pour s'assurer du caractère correct de l'inventaire des dettes et des créances, le liquidateur adressera des lettres circulaires :

- à tous les créanciers, en demandant confirmation de l'état de leur compte et en demandant des délais pour cause de liquidation ;
- à tous les débiteurs, avec extrait de compte, et invitation à payer.

L'inventaire ainsi établi doit tenir compte de la valeur de réalisation et non plus de la valeur comptable. Des réductions de valeur devront donc éventuellement être appliquées et des réévaluations éventuellement actées. L'acte de mise en liquidation peut dispenser le liquidateur de cette formalité.

2° Examiner la possibilité de payer les créances de l'entreprise

Cet inventaire doit permettre au liquidateur de déterminer si un paiement intégral des créanciers sera possible.

Si cela ne semble pas possible, il existe deux possibilités :

- faire aveu de faillite ;
- poursuivre les opérations de liquidation sauf si un créancier « *significatif* » demande la faillite.

3° Réaliser l'actif

- Lancer des appels de fonds du capital non libéré ;
- Réaliser au meilleur prix les actifs mobiliers et immobiliers ;
- Recouvrer les créances.

Le liquidateur pourra poursuivre les activités de la société afin de pouvoir la revendre à un repreneur. En effet, il est plus souvent intéressant de revendre une société que de revendre ses biens un à un.

4° Procéder à l'apurement du passif, paiement des créanciers

la mise en liquidation d'une société crée de plein droit une situation de « concours entre les créanciers ».

Les dettes nées postérieurement au début de la liquidation, dettes de la masses, seront réglées par priorité tandis que les dettes nées antérieurement au début de la liquidation, dettes dans la masse, seront payées en respectant les privilèges (hypothèques, privilèges, etc ...).

Les créanciers non privilégiés (chirographaires) seront payés de manière égale et proportionnelle (privilège d'égalité des créanciers chirographaires).

Autrement dit, les dettes « de » la liquidation (« de la masse ») sont prioritaires par rapport à toutes les dettes « dans » la liquidation (« dans la masse »).

Le liquidateur tient compte des privilèges attachés à certaines créances.

Les créanciers privilégiés sont payés sur le produit de la chose constituant le gage. Si le produit est insuffisant pour les désintéresser, ils sont inscrits comme créanciers chirographaires pour le surplus ; si le produit dépasser le montant du privilège, l'excédent vient en faveur de la masse.

4.4. Durée du mandat

La durée du mandat doit être précisée dans l'acte de nomination.

Ils sont nommés, en principe, pour toute la durée de la liquidation mais rien ne s'opposer à ce qu'on les nomme pour une durée déterminée.

Le mandat du liquidateur peut prendre fin soit :

- à sa demande (démission) ;
- à l'initiative du Tribunal qui l'a désigné (révocation) ;
- en raison d'un événement extérieur.

Puisqu'ils se trouvent dans la même situation que les administrateurs, ils peuvent être révoqués en tout temps sauf s'ils sont nommés dans les statuts ou par le Tribunal.

Si la liquidation n'était pas terminée à l'échéance fixée dans l'acte de nomination, il est possible de renouveler le mandat du liquidateur ou d'en nommer un nouveau.

En cas de décès d'un ou des liquidateurs, les actionnaires devront déposer au greffe du Tribunal de Commerce le nom du ou des liquidateurs remplaçants.

A partir de la clôture des opérations de liquidation, le mandat du liquidateur conservera pendant 5 années encore une survivance passive afin de permettre aux créanciers d'encore agir en justice contre la société liquidée, bien que la clôture soit déjà intervenue.

4.5. Nature du mandat

Le liquidateur est un organe de la société au même titre que le gérant ou le conseil d'administration. Il n'a pas la qualité de commerçant.

Il peut déléguer une partie de ses pouvoirs mais non la totalité de ceux-ci. Une telle délégation serait nulle.

4.6. Rémunération du liquidateur

Elle est fixée par l'acte de nomination.

Le mandat peut être gratuit. Dans le cas contraire, il faut indiquer le montant de la rémunération ou le mode de rémunération accordé (fixe, à l'heure, au pourcentage de l'actif net à distribuer, au pourcentage des actifs vendus, ...).

Il faut clairement indiquer quels les fonctions et frais qui sont couverts par cette rémunération.

Normalement, les émoluments du liquidateur ne comprennent pas les rémunérations du personnel éventuellement embauché pour les besoins de la liquidation.

4.7. Des obligations du liquidateur

- **Article 189 bis** : les liquidateurs transmettent au cours des sixième et douzième mois de la première année de liquidation, un état détaillé de la situation de la liquidation au greffe du Tribunal de Commerce dans l'arrondissement duquel se trouve le siège de la société.

Cet état détaillé, qui comporte notamment l'indication des recettes, des dépenses, des répartitions, ainsi que de ce qu'il reste à liquider ; est versé au dossier de liquidation visé à l'article 195 bis.

A partir de la deuxième année de la liquidation, cet état détaillé n'est transmis au greffe et versé au dossier de liquidation que tous les ans.

- **Article 190** : avant la clôture de la liquidation, les liquidateurs soumettent le plan de répartition de l'actif entre les différentes catégories de créanciers pour accord au Tribunal de Commerce dans l'arrondissement duquel se trouve le siège de la société.

Le Tribunal peut requérir du liquidateur tous renseignements utiles pour vérifier la validité du plan de répartition.

4bis. Du dossier de liquidation :

Une innovation majeure de la réforme du 19/06/2006 réside dans l'obligation de tenir un dossier de la liquidation au greffe du Tribunal de Commerce compétent et ce en vertu de l'article 195bis lequel prévoit que ce dossier contient :

- Le dossier visé à l'article 67 § 2 (documents relatifs à la constitution de la société) ;
- Une copie des rapports visés à l'article 181 § 1 (rapport devant être rédigé à l'occasion de la proposition de liquidation) ;
- Une copie des états de liquidation visés à l'article 189bis qui doit être déposé en cours de liquidation ;
- Les extraits de publication prévus aux articles 74 2^{ème} et 195 du code des sociétés ;
- La liste des confirmations et homologations.

Ce dossier est accessible aux tiers qui peuvent même en obtenir une copie (article 195bis alinéa 2).

5. Des effets de la liquidation

- La société en liquidation conserve sa personnalité juridique mais celle-ci est réduite dans le sens où la société ne peut plus poser des actes que dans la mesure où ces actes contribuent à mener la liquidation à son terme (article 183 du Code des sociétés).
- La société commerciale dissoute conserve son caractère de société de commerce pendant toute la durée de sa liquidation. Elle peut donc être déclarée en faillite jusqu'à six mois après la clôture de la liquidation.
- Elle gardera sa dénomination, son siège et son patrimoine. Elle ne peut plus effectuer d'activité nouvelle mais peut poursuivre les contrats en cours. Toute notification de la dénomination d'une société en liquidation est interdite. Homologation du transfert du siège social, si ce transfert est utile au bon déroulement des opérations de liquidation (article 183 du Code des sociétés).
- Toutes les pièces émanant d'une société dissoute doivent mentionner qu'elle est en liquidation.

- Le mandat des administrateurs ou des gérants prend fin de plein droit puisque, suite à cette dissolution, la mission du conseil d'administration, consistant à poser tous les actes nécessaires à la réalisation de l'objet social, n'a plus de raison d'être. Les administrateurs ou gérants sont cependant tenus d'établir les comptes annuels pour la partie de l'exercice social qui précède la dissolution.
- L'assemblée générale ne disparaît pas mais ses pouvoirs sont considérablement amoindris. Les organes d'administration sont destitués d'office mais restent responsables de leur gestion pour les faits antérieurs à la mise en liquidation. Elle ne peut plus prendre de décision que dans la limite et pour les besoins de la liquidation.
- Actuellement, il n'y a plus d'obligation de réaliser une clôture comptable (B.N.B.), ni une déclaration fiscale. Cependant, la Commission des Normes Comptables recommande d'en réaliser une afin de clairement séparer les responsabilités des anciens administrateurs / gérants de celles des liquidateurs.
- Création d'une situation de concours entre les créanciers : la dissolution et la mise en liquidation d'une société fait naître une situation de concours, à la suite de laquelle les créanciers n'ont plus droit qu'à un dividende en fonction de leur rang.

6. De la clôture de la liquidation

La procédure de clôture de la liquidation est régie par les articles 194 et 195 du Code des sociétés.

Au terme de la liquidation, le liquidateur établit un rapport dans lequel il expose la manière dont il a « *employé les valeurs sociales* » et met ce rapport, les comptes et les pièces justificatives à disposition de l'assemblée générale un mois avant celle-ci.

Ce rapport reprend, tel un tableau de recettes et de dépenses, l'ensemble des flux financiers depuis l'acte de dissolution jusqu'à la clôture de la liquidation.

Le rapport reprend :

- les réalisations d'actif ;
- l'apurement du passif de la masse et dans la masse (privilegiés et chirographaires) ;
- une proposition de la répartition de l'excédent positif des opérations de liquidation (boni de liquidation).

Les recettes sont ventilées comme suit :

- réalisation d'actifs (ventes immeubles, stocks, ...) ;

- récupération de créances ;
- revenus générés par la poursuite des activités.

Les dépenses sont quant à elles ventilées comme suit :

- dettes de la masse (dépenses supportées au cours de la liquidation) ;
- dettes dans la masse (passif existant au moment de la dissolution.

Les dettes dans la masse sont ventilées en fonction de leur rang (créances privilégiées, créances chirographaires, ...) afin de permettre au liquidateur de démontrer qu'il a bien respecté les règles de concours.

Si la société dispose toujours d'un commissaire, celui-ci procédera au contrôle du rapport sinon chaque associé dispose de son droit individuel d'investigation (ils peuvent se faire assister d'un expert-comptable ou d'un réviseur).

Ensuite, l'A.G. entend le rapport du commissaire et voter la décharge du liquidateur.

Le procès-verbal de l'A.G. indiquera en outre le lieu de conservation des archives (5 ans).

Il est recommandé pour le liquidateur de provoquer les contrôles fiscaux relatifs aux dernières années et à la période de liquidation afin d'établir au plus juste l'imposition et ne pas devoir en assumer lui-même le paiement puisqu'en effet, le liquidateur est responsable de sa gestion sur ses propres deniers.

Enfin, la clôture doit être publiée aux annexes du Moniteur belge (et non à la B.N.B.).

7. Réformes législatives

1.

Comme cela était le cas dans le passé, l'assemblée générale détermine le mode liquidation et nomme les liquidateurs.

La loi nouvelle ajoute que dans les sociétés en nom collectif et dans les sociétés en commandite simple, il faut réunir l'assentiment de la moitié des associés possédant les trois quarts de l'avoir social.

A défaut de cette majorité, le Président du Tribunal de Commerce est appelé à statuer.

2. Homologation du liquidateur :

Ce n'est plus le Tribunal de Commerce qui confirme la désignation du liquidateur par l'assemblée générale mais le Président du Tribunal.

Le délai pour statuer sur la demande est passé de 24 heures à cinq jours ouvrables.

A défaut de décision dans ce délai, la nomination du premier liquidateur désigné est considérée comme confirmée.

La procédure s'introduit par requête unilatérale signée par le ou les liquidateurs, par un avocat, par un notaire ou par un administrateur ou un gérant de la société.

L'assemblée générale peut désigner plusieurs candidats liquidateurs, éventuellement classés par ordre de préférence, pour le cas où la nomination du liquidateur n'est pas homologuée par le Président du Tribunal.

Si le Président du Tribunal refuse de procéder à l'homologation du liquidateur, il se rabattra sur les suivants et s'il les refuse tous, il désignera lui-même un liquidateur.

3. Conditions pour être confirmé :

Le liquidateur doit, comme par le passé, offrir toutes les garanties de probité pour être confirmé dans son mandat.

N'est toutefois pas admissible comme liquidateur, tout dépositaire, tuteur, administrateur ou comptable qui n'a pas rendu et soldé son compte en temps utiles.

Cela vaudrait-il dire que l'administrateur qui a un compte courant débiteur dans les livres de la société ne peut pas être confirmé comme liquidateur ?

Cette remarque paraît justifiée car cela impliquerait un conflit d'intérêt.

4. Actes intermédiaires :

La loi règle le sort des actes que le liquidateur a éventuellement posés entre sa nomination par l'assemblée générale et la confirmation de sa nomination par le Président du Tribunal.

Le Président peut les annuler s'il constitue une violation manifeste du droit des tiers.

Ces actes sont donc en principe valables.

5. Rapport du liquidateur :

Les premiers rapports ne doivent plus être déposés au cours des 6^{ème} et 12^{ème} mois de la première année de la liquidation mais entre les 7^{ème} et 13^{ème} mois.

Lesdits rapports doivent porter sur les 6 premiers et 12 premiers mois.

Comme auparavant, à partir de la 2^{ème} année de la liquidation, l'état détaillé n'est transmis au greffe et versé au dossier de la société que tous les ans.

La loi précise que si la dissolution de la liquidation intervient en un seul acte, ces formalités ne doivent pas être suivies.

6. Plan de répartition :

Le plan de répartition doit être soumis pour accord au Tribunal (et non pas au Président !) avant la clôture de la liquidation.

La loi pose que la requête peut être signée par le liquidateur, un avocat, un notaire ou un administrateur ou un gérant de la société.

Cette observation est pour le moins étonnante par le fait que le gérant ou l'administrateur n'a plus de mandat social étant remplacé par le liquidateur.

Nul doute que pour des raisons de responsabilités, le liquidateur demandera plutôt au gérant ou à l'administrateur d'introduire la demande d'approbation du plan de répartition.

7. Dossier de liquidation :

La loi prévoyait un dossier au greffe pour chaque liquidation.

Dorénavant, les pièces sont déposées au greffe dans le dossier de la société (article 67 § 2 du code des sociétés).

8. Dissolution en seul acte :

Une dissolution et une liquidation est dorénavant possible dans un seul acte aux conditions suivantes (article 184 5^{ème}) :

- Aucun liquidateur n'est désigné ;
- Il n'y a pas de passif selon l'état résumant la situation active et passive de la société visée à l'article 181 du code des sociétés ;

- Tous les actionnaires sont présents ou valablement représentés à l'assemblée générale ;
- Les actionnaires ou associés décident à l'unanimité des voix ;
- L'actif restant est repris par les associés eux-mêmes.

Il est à relever que c'est au moment de l'établissement de la situation active et passive ne remontant pas à plus de trois mois et non au moment de l'acte de mise en dissolution que la situation doit être exempte de dettes.

Cette solution empêche de liquider en un seul acte en réservant un dépôt provisionnel de fonds pour les dettes (par exemple fiscales) non définitivement déterminées.

9. Vente d'immeubles en cas de liquidation en un seul acte :

Quand le seul actif de la société n'est plus constitué que par un immeuble qui sera repris par le ou les associés, il faut alors combiner l'article 184 § 5 avec l'article 129 du code des droits d'enregistrement du moins dans la mesure où la société est une société en nom collectif, une société commandite simple, une société privée à responsabilité limitée ou une société agricole.

L'article 129 alinéa 3, 2^{ème}, permet d'éviter le droit perçu pour les ventes si l'immeuble acquis par la société avec paiement du droit d'enregistrement fixé pour les ventes est repris par un associé qui faisait partie de la société au jour de l'acquisition de l'immeuble par celle-ci.

Dans ce cas, c'est le droit général de 25,00 € qui est d'application.

10. Liquidations et faillites :

Il ne faut pas confondre la procédure de liquidation et de faillite.

Ces situations sont voisines en ce qu'elles sont toutes deux des situations de concours.

Pour élaborer le régime de la liquidation, la Cour de Cassation s'est d'ailleurs largement inspirée de celui de la faillite.

Il n'en reste pas que de nettes différences opposent ces deux régimes, à titre d'exemple :

La société en liquidation n'est pas dessaisie de la gestion de son patrimoine ;
 Les liquidateurs ont en effet qualité d'organes de la société, ils l'incarnent.
 En revanche, la gestion et la liquidation de la gestion du patrimoine de la société faillie sont confiées au curateur, mandataire judiciaire.

Le liquidateur ne représente que la société en liquidation, il est désigné par elle.
Le curateur est mandataire judiciaire, il est désigné par le Tribunal de Commerce et exerce sa mission sous le contrôle du Juge Commissaire et du Tribunal.

Le curateur représente à la fois la société faillie et la masse des créanciers.

L'origine de la société en liquidation ne confère pas d'action paulienne au liquidateur, par opposition à l'article 20 de la loi sur les faillites.

Aucun mécanisme équivalent à l'annulation des actes accomplis en violation de l'égalité des créanciers au cours d'une période suspecte n'est prévu (articles 17 à 19 de la loi sur les faillites).

Les poursuites individuelles ne sont pas supprimées au cours de la liquidation contrairement à la faillite (articles 24 à 26 de la loi sur les faillites).

La faillite entraîne l'exigibilité des dettes à terme (article 22 de la loi sur les faillites), a contrario de la liquidation.

TABLEAU RECAPITULATIF

| FAILLITE | LIQUIDATION |
|--|--|
| CONDITIONS DE FOND / DEFINITION | |
| Tout commerçant qui est en cessation de paiement de manière persistante et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite | Ensemble des opérations qui suit à l'annulation ou la dissolution d'une société qui a pris la forme juridique d'une société commerciale. |
| CONDITION DE FORME | |
| <ul style="list-style-type: none"> - l'aveu - la citation - la disparition de la faillite d'office | <ul style="list-style-type: none"> - la dissolution de plein droit - la dissolution volontaire - la dissolution judiciaire |
| PUBLICATION | |
| Publication du jugement : <ul style="list-style-type: none"> - Publié par extrait au MB sur l'initiative du greffier - Publié dans les 2 journaux locaux de la région où la faillite a eu lieu sur l'initiative du curateur | <ul style="list-style-type: none"> - publication des textes intégraux dans les statuts à l'annexe du MB - par extraits : l'acte de dissolution - de nomination du liquidateur et détermination de pouvoir - définissant le mode de liquidation |
| CLOTURE | |
| A n'importe quelle étape de la procédure, s'il est constaté que l'actif n'est pas suffisant pour couvrir les frais d'administration et de liquidation de la faillite, les curateurs peuvent demander au Tribunal de Céans de clôturer la faillite pour insuffisance d'actif. | Au terme de la liquidation, les liquidateurs font rapport à l'assemblée générale qu'ils convoquent à cet effet et lui soumettent les comptes et pièces à l'appui. L'assemblée nomme des commissaires et fixe une nouvelle réunion dans laquelle, après rapport des commissaires, elle statue sur la manière dont les liquidateurs ont accompli leur mandat. Après approbation, la dissolution de la société est définitivement admise et publiée. Après la clôture de la liquidation, la société continue à exister pendant 5 ans en tant que personne juridique passive. Cela signifie que les éventuels créanciers peuvent encore s'adresser à la société dissoute en la personne du liquidateur. <u>Remarque :</u> Pour les sociétés commerciales : la société conserve sa qualité de |

| | |
|--|---|
| | commerçant et peut donc être déclaré en faillite à tout moment pendant la liquidation et jusqu'à 6 mois après la clôture de la liquidation. |
|--|---|

Les 6 grandes différences entre la faillite et la liquidation :

I.

Le liquidateur est le **mandataire** de la société (personne désignée par l'A.G. de la société tout en agissant dans l'intérêt des créanciers).

Le mandataire est nommé pour toute la durée de la liquidation mais rien ne s'oppose à ce qu'on le nomme pour une durée déterminée.

Pour la faillite, un curateur est désigné par le Tribunal de Commerce au contrôle duquel il est d'ailleurs soumis.

II.

la liquidation n'a pas d'effet de dessaisissement du patrimoine de la société, ce qui est l'effet propre de la faillite.

III.

En cas de liquidation, le créancier conserve **son action individuelle** contre la société, ce qui est interdit en cas de faillite. Cependant, la jurisprudence lui refuse cette action en cas de liquidation si elle porte atteinte à **la règle de l'égalité**.

En effet, le principe d'égalité des créanciers assure que les créanciers de la société en liquidation ont droit à ce qu'un autre, non privilégié ne soit pas payé dans une proportion plus forte qu'eux-mêmes.

Ce principe d'égalité des créanciers chirographaires est donc ainsi affirmé.

Au niveau de la faillite :

Toutes les actions en cours au jour du jugement définitif de faillite sont stoppées (voir effets de la faillite exposée d'Hubert).

IV.

La loi sur la faillite annule une série d'opérations accomplies par le failli pendant **la période suspecte**.

(La date de cessation peut être fixée à plus de 6 mois avant le jugement. Cette date va permettre de déterminer la période suspecte c'est-à-dire la période pendant laquelle certains actes réalisés par le failli pourront ou devront être déclarés inopposables à la masse).

(pour plus d'info, voir la cessation de paiement lors de la faillite).
→ il s'agit de la différence la plus importante.

V.

La faillite peut avoir de graves conséquences pour les administrateurs de la S.A. ou les gérants de la S.P.R.L.

Ces personnes peuvent être personnellement obligées avec ou sans solidarité de tout ou en partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance de l'acte dans le cas :

- d'insuffisance d'actif

OU

- si une faute grave dans leur chef a conduit à la faillite.

En ce qui concerne la liquidation, les organes d'administration et de gestion sont restitués d'office mais ils restent responsables de leur gestion pour les faits antérieurs à la mise en liquidation de la société. Il est donc dans leur intérêt de demander décharge à l'A.G.

ASPECT PRATIQUE

1. De l'analyse comptable des opérations de liquidation

La dissolution d'une société ne la soustrait pas de la réglementation comptable générale.

Pour les sociétés tenues à la publicité des comptes, il faut veiller même après la dissolution :

- à tenir les livres comptables ;
- à établir un inventaire une fois par an ;
- à établir des comptes annuels à la date de clôture de l'exercice ;
- à déposer ces comptes annuels à la B.N.B. dans les 15 jours de leur présentation par le liquidateur.

Attention, dans le cas de l'établissement des comptes annuels d'une société en liquidation, il faut présenter les comptes en respectant les règles

1) Au moment de la décision de liquidation

Les comptes annuels doivent être présentés en tenant 240-0836754-36 de la perspective de discontinuité de la société puisque la société ne continuera pas ses activités.

1°. Les frais d'établissement doivent être complètement amortis et pris en charge au cours du premier exercice de liquidation.

| Compte | Libellé | Débit | crédit |
|----------------|---|-------|--------|
| 6600 20xxx9 | Dotations aux amort. exceptionnels sur frais d'établissement | | |

2°. Les immobilisations et les actifs circulants font, le cas échéant, l'objet d'amortissements ou de réductions de valeurs additionnelles, pour en ramener la valeur comptable à la valeur probable de réalisation.

Pour ce faire, on utilisera les comptes suivants :

- 660 « amortissement et réductions de valeurs exceptionnel » ;
- 661 « réductions de valeur des immobilisations financières » ;
- 631 « réduction de valeur sur stocks » ;
- 632 « réductions de valeurs sur commandes en cours d'exécution » ;
- 633 « réduction de valeur sur créances commerciales à plus d'un an » ;
- 634 « réduction de valeur sur créances commerciales à un an au plus ».

| Compte | Libellé | Débit | Crédit |
|-----------------------|---|-------|--------|
| 6600 21xxx9 | Dotations aux amortissements exceptionnels S/ immobilisations corporelles et incorporelles | | |
| 27xxx9 | Amortissements actés s/immobilisations | | |
| 6610 28xxx9 | Réductions de valeur s/ immobilisations financières | | |
| 63 29xxx9 3xxx9 | Réductions de valeurs actées s/ immobilisations financières | | |
| 4xxx9 | Dotations aux réductions de valeur s/ stocks ou créances | | |
| | Réductions de valeur actée s/ stocks ou créances | | |

3°. Constituer des provisions pour faire face aux charges afférentes à la cession des activités :

Exemple : provisions

- pour préavis et indemnités à verser au personnel ;
- pour indemnités à verser en cas de rupture de contrat de bail ou de contrat financier ;
- pour remise en état d'un terrain, ...
- pour indemnités à verser à un client en raison de la non-réalisation d'une commande ;
- pour supplément de charges à verser à un sous-traitant pour réaliser une commande alors que les machines habituelles ne sont plus utilisables ;
- ...

| Compte | Libellé | Débit | Crédit |
|--------|--|-------|--------|
| 663 | Dotations aux provisions pour risques et charges | | |
| 16 xxx | Provisions pour risques et charges | | |

2. Les opérations de liquidation

2.1. Réalisation des actifs

1°. La réalisation des actifs immobilisés

| Compte | Libellé | Débit | Crédit |
|------------|--|-------|--------|
| 550 | Banque | | |
| 663 ou 763 | Moins/plus-values sur réalisation d'actifs immobilisés | | |
| 2xxx0 | Immobilisations corporelles ou incorporelles | | |

2°. La réalisation des stocks

| Compte | Libellé | Débit | Crédit |
|--------|--|-------|--------|
| 550 | Banque | | |
| 70xxx | C.A. : ventes et prestations de services | | |

3°. La réalisation des créances

| Compte | Libellé | Débit | Crédit |
|---------------|--|-------|--------|
| 550 | Banque | | |
| 29xxx 4xxx | Créances | | |
| | <u>En cas de non réalisation</u> | | |
| 642 | Moins-values sur réalisation des créances commerciales | HTVA | |
| 411 4xxx | T.V.A. à récupérer | TVA | TVAC |
| | <u>Dans le cas où une réduction de valeur aurait été actée au moment de la liquidation</u> | | |
| 4xxx9 | Réductions de valeurs actées s/créances commerciales | | |
| 6341 | Reprises de réductions de valeurs s/créances commerciales | | |

2.2. Règlement des dettes

1°. Les frais de liquidation

Les dettes « *de la masse* » sont prioritairement réglées.

Il est donc recommandé de les comptabiliser dans des comptes séparés des dettes « *dans la masse* » (dettes qui précèdent la liquidation).

Comme frais de liquidation, citons :

- les frais de publicité pour la vente de biens ;
- les frais d'énergie pour la continuité des activités ;
- les honoraires du liquidateur ;
- les droits d'enregistrement perçus sur les ventes aux enchères de biens meubles et immeubles.

2°. La loi hypothécaire

Le liquidateur devra respecter les prescrits de la loi hypothécaire et payer les dettes « *dans la masse* » selon leurs priorités (hypothèques, privilèges, chirographaires).

Les créanciers chirographaires seront payés de manière égale et proportionnelle à leur créance respective.

3°. Les opérations de remboursement des dettes

Si le liquidateur obtient de certains créanciers une remise d'une partie ou de la totalité de leur créance, les produits de ces remises ou abandons seront comptabilisés dans un compte « *764 Autres produits exceptionnels* ».

Réalisation de l'actif :

RECETTES

- Ventes des actifs immobilisés
- Récupération des créances
- C.A. issu de la poursuite des activités

Règlements du passif

DEPENSES

- paiement des dettes « *de la masse* »
- paiement des dettes « *dans la masse* »

SOLDE A REPARTIR

Clôture de la liquidation

- paiement du solde des honoraires du liquidateur
- paiement du précompte immobilier sur boni de liquidation
- paiement du boni de liquidation

2.3. La répartition de l'avoir social

Après le paiement de l'impôt, du solde des honoraires du liquidateur, de toutes les dettes de la masse et de toutes les dettes dans la masse, ainsi qu'après que le dernier résultat ait été affecté, une société présente le bilan suivant :

Bilan à la clôture de la liquidation

| Actif | | Passif | |
|--------------|-------------------------|---------------|----------------------------------|
| 550 | Banque 500.000,00 | 100 | Capital 100.000,00 |
| | | 130 | Réserves 375.000,00 |
| | | 140 | Résultat de l'exercice 25.000,00 |
| | Total 500.000,00 | | Total 500.000,00 |

Les écritures des opérations de répartition de l'avoir social et de clôture définitives sont :

| Compte | Libellé | Débit | Crédit |
|---------------|--|--------------|---------------|
| 100 | Capital | 100.000,00 | |
| 130 | Réserves | 375.000,00 | |
| 140 | Résultat de l'exercice | 25.000,00 | |
| 489 | Actionnaires/associés à rembourser | | 460.000,00 |
| 453 | Précompte mobilier s/boni de liquidation | | 40.000,00 |
| 489 | Actionnaires/associés à rembourser | 460.000,00 | |
| 550 | Banque | | 460.000,00 |

On remarque que la répartition ne transite pas par les comptes d'affectation du résultat pour effectuer le remboursement du capital, des réserves et du résultat de l'exercice.

Si un acompte sur la liquidation devait être effectué, il faudrait passer par les écritures d'affectation du résultat « classique ». Cependant, le remboursement de capital ne s'effectuerait pas en déduction du compte « 100 Capital » mais la partie remboursée serait comptabilisée au débit du compte « 103 Capital amorti ».

3. De la liquidation déficitaire

- i. Dans le cas d'une société à responsabilité illimitée, le liquidateur devra faire appel aux actionnaires / associés afin qu'ils pallient le déficit.
- ii. S'il s'agit d'une société à responsabilité limitée, le liquidateur devra tenter de convaincre les créanciers d'abandonner leurs créances en cas d'échec, il devra faire aveu de faillite.

4. Du boni de liquidation

Depuis la loi du 24 décembre 2002, le boni qui résulte de la liquidation d'une société constitue un dividende dont l'attribution est soumise à partir du 1^{er} janvier 2002 à la retenue d'un précompte mobilier de 10%. Les actionnaires / associés bénéficiaires ne doivent pas reprendre ce revenu dans leur déclaration fiscale (précompte libératoire).

En ce qui concerne les actionnaires-sociétés, la retenue éventuelle de précompte est déterminée conformément à la directive mère-filiale : dans le cas d'une participation de 25% au moins, depuis au moins un an, aucun précompte ne sera retenu.

Aucune cotisation sociale n'est due sur le boni de liquidation, puisqu'il ne s'agit pas d'une rémunération.

5. Des aspects fiscaux de la clôture de liquidation

Le liquidateur est responsable de ses actes et des sommes engagées ; il doit donc faire particulièrement attention aux aspects fiscaux suivants :

- application et paiement des droits d'enregistrement sur l'acte de dissolution ;
- application et paiement des droits d'enregistrement sur les ventes d'immeubles et de meubles dans le cas de ventes publiques aux enchères ;
- effectuer les levées d'inscriptions hypothécaires ;
- rentrer les déclarations T.V.A. périodiques et la déclaration de cessation d'activité ;
- effectuer la déclaration de radiation de l'immatriculation à la Banque Carrefour des Entreprises ;

- provoquer les derniers contrôles fiscaux et sociaux afin de ne pas avoir de fâcheuse surprise en cas de contrôle ultérieur à la clôture de la liquidation.

6. Les formalités post-clôture

- La radiation de l'immatriculation à la Banque Carrefour des Entreprises
- La consignation des fonds

Si le liquidateur est dans l'impossibilité de payer certains créanciers, il consignera leur revenant endéans les six mois suivant la clôture de la liquidation.

Les sommes doivent être versées sur le compte de la Caisse des dépôts et consignations.

Si le liquidateur est en possession de titres qu'il n'a pu remettre aux intéressés, il devra les déposer à la Banque nationale de Belgique.

La créance est prescrite après 10 ans. Dans ce cas, les sommes reviennent à l'Etat.

V. DE LA MISE EN FAILLITE D'UNE SOCIETE EN LIQUIDATION

Il importe de s'interroger quant à la possibilité de voir déclarée en faillite une société en liquidation.

1.

Pour répondre à cette question, je fais référence à l'arrêt de la Cour d'appel de Liège, 7^e Chambre du 9 décembre 2003, qui a fait jurisprudence en la matière.

Pour que la société soit déclarée en faillite, il faut que les conditions de faillite soient remplies.

Pour rappel, les conditions pour qu'une société soit déclarée en faillite sont :

- être commerçant ;
- la cessation de paiements ;
- l'ébranlement du crédit.

De cet arrêt, il ressort :

- que pour qu'une société soit déclarée en faillite, les conditions de la faillite doivent être remplies nonobstant l'existence d'un déficit d'exploitation, dès lors que le liquidateur conserve la confiance de la majorité des créanciers ;
- que pour apprécier si une société en liquidation doit être déclarée en faillite, il faut se placer non au jour de sa dissolution, mais au jour où le Tribunal de Commerce est appelé à statuer sur la demande ;
- que l'existence des conditions de la faillite doit être appréciée de la même manière que la société soit en liquidation ou que la société poursuive la réalisation de son objet social ;
- que les cours et tribunaux saisis d'une demande en faillite examineront dès lors :
 - si la dissolution est intervenue sans fraude ;
 - si les opérations de liquidation se déroulent dans de bonnes conditions et à la satisfaction de la majorité des créanciers.

Si tel est le cas, la faillite ne sera pas prononcée car son crédit n'est pas ébranlé.

- que toute la question est donc de savoir « *si les conditions dans lesquelles a été ouverte et s'est poursuivie la liquidation rencontrent l'accord d'une majorité des créanciers ou des plus importants* » .

2.

La Cour de Cassation a été appelée à trancher un litige de même nature.

La position de la Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Liège (arrêt du 6 mars 2003).

En effet, dans sa décision, elle expose ceci :

« Attendu que l'article 2 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites dispose que tout commerçant qui a cessé ses paiements de manière persistante et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite ;

Attendu qu'après avoir relevé que la défenderesse avait été dissoute et mise en liquidation, l'Arrêt considère que si « la dissolution est intervenue sans fraude et se déroule dans de bonnes conditions à la satisfaction des créanciers, ou d'une majorité significative de ceux-ci, et que leur adhésion n'est pas obtenue par une information incomplète ou inexacte, le crédit ne sera pas ébranlé ; que la manière dont les opérations de liquidation ont été conduites n'est pas de nature à ébranler le crédit de la société auprès des créanciers ; qu'il n'est pas soutenu que la règle de l'égalité entre les créanciers n'a pas été respectée ou que des constructions juridiques de nature à porter préjudice aux créanciers auraient été élaborées en cours de liquidation » et constate par une appréciation qui gît en fait qu'une majorité suffisante de créanciers maintient sa confiance au liquidateur ;

Que constatant ainsi que le crédit de la défenderesse n'a pas été ébranlé, l'Arrêt décide légalement que les conditions de la faillite n'étaient pas réunies et que donc, les opérations de liquidation peuvent se poursuivre ».

En conclusion, l'adhésion du ou des créanciers « *significatifs* » à la poursuite de la liquidation permettra la poursuite des opérations de liquidation, mêmes déficitaires, la procédure de faillite ne devant être invoquée qu'en cas de réunion des conditions fixées par la loi de 1997 sur les faillites.

VI. CONCLUSION

Jusqu'en 2006, la procédure de liquidation volontaire était une alternative fréquemment utilisée à la procédure de faillite.

En effet, celle-ci permettait d'échapper à tout contrôle judiciaire.

Aucune intervention d'un curateur désigné par le Tribunal de Commerce, ni d'un Juge Commissaire, mandataire de ce même Tribunal.

Depuis 2006, cette procédure purement volontaire est soumise à un strict contrôle judiciaire, notamment par l'homologation du liquidateur et par l'obligation pour ce dernier de remettre fréquemment des situations comptables au Tribunal.

Nonobstant cette modification législative, il me paraît que dans le cas d'espèce, à savoir le devenir de la société de Madame DUPONT, la procédure de liquidation volontaire reste la plus adéquate pour mettre fin de manière anticipée à la société, aucun créancier n'ayant manifesté une agressivité particulière qui entraînerait les trois conditions de la faillite, procédure impérative à laquelle on ne peut déroger.

VII. DE LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS D'ENTREPRISES

La matière de la responsabilité des dirigeants d'entreprise, en droit belge, repose sur la théorie de l'organe : l'acte commis par le dirigeant, même illicite, engage la société.

L'idée est d'identifier le dirigeant à la société.

Un acte posé par un dirigeant engage donc la société vis-à-vis de tiers. Il reste cependant la possibilité pour celle-ci de se retourner contre son dirigeant.

L'application de cette théorie poussée au bout de sa logique déboucherait sur l'impossibilité pour un tiers de mettre directement en cause la responsabilité d'un dirigeant.

Or, comme il le sera exposé ci-après, ce principe de base ne permet pas aux dirigeants d'échapper à leur responsabilité personnelle vis-à-vis des tiers.

1. Responsabilité des dirigeants pour faute de gestion (actio mandati)

Article 527 du Code des sociétés (art. 262 C. Soc. Pour la SPRL) :

« Les administrateurs, les membres du comité de direction et les délégués à la gestion journalière sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion ».

Cette disposition est une application particulière de la responsabilité contractuelle classique. Pour qu'une telle responsabilité puisse être mise en cause, il faut dès lors démontrer :

- une faute dans l'exécution du contrat ;
- un dommage ;
- un lien causal entre cette faute et ce dommage.

Quelle est l'étendue de l'obligation d'un dirigeant ?

La jurisprudence considère que le dirigeant n'est pas tenu de garantir une bonne fin économique. Il doit cependant tout mettre en œuvre pour atteindre un résultat optimal.

Son obligation contractuelle est donc une obligation de moyen et non de résultat.

Comment alors déterminer s'il y a faute ?

Le critère le plus souvent utilisé en droit belge est celui de « *marginale toetsing* » (J. RONSE) : les dirigeants doivent, dans leur gestion, disposer d'une certaine marge d'appréciation au sein de laquelle peut être rassemblée une large palette de décisions qui, au moment où elles doivent être prises, revêtent un caractère raisonnable.

Le Juge aura donc la mission de vérifier si le dirigeant pouvait raisonnablement prendre la décision qu'il a prise, au moment où il l'a prise.

Conséquence : ce n'est pas parce que la décision prise par le dirigeant a eu un effet néfaste qu'elle était déraisonnable au moment où elle a été prise.

Cette responsabilité est individuelle. Toutefois, l'organe décisionnel peut être collégial. Dans lequel cas, s'il est impossible de déterminer la part de responsabilité de chacun des membres, les dirigeants seront condamnés *in solidum*, c'est-à-dire que chaque dirigeant sera tenu pour le tout.

2. Responsabilité des dirigeants pour violation du Code des sociétés et des Statuts

La mise en cause de cette responsabilité repose également sur la trilogie faute, dommage et lien causal.

Article 528 du Code des sociétés (art. 263 C. Soc. Pour la SPRL) :

« Les administrateurs sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous les dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou des statuts sociaux.

L'alinéa 1^{er} est également applicable aux membres du comité de direction.

En ce qui concerne les infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, les administrateurs et les membres du comité de direction ne sont déchargés de la responsabilité visée aux alinéas 1^{er} et 2 que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions selon le cas, lors de la première assemblée générale ou lors de la première séance du conseil d'administration suivant le moment où ils en ont eu connaissance ».

Il est remarquable que, dans le cadre de cette disposition, la faute est présumée dès qu'une disposition légale ou statutaire a été violée.

Quelles sont les dispositions légales visées ?

Tout d'abord, il s'agit évidemment du Code des sociétés au sens strict. En sus, la doctrine et la jurisprudence considèrent que la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises et ses arrêtés d'exécution font partie intégrante du droit des sociétés.

Via cette interprétation, il a été possible d'englober des violations à des dispositions fiscales et sociales qui se traduisent en irrégularités comptables.

Enfin, il est à noter que cette responsabilité est solidaire.

3. L'action en comblement de passif

Le législateur a introduit en 1978 cette mesure destinée à renforcer la responsabilité des commerçants en matière de faillite.

Toutefois, la possibilité de mettre ainsi en cause des dirigeants de sociétés à responsabilité limitée revient à porter atteinte aux principes fondamentaux du droit des sociétés. C'est pourquoi cette action ne peut être intentée que dans le respect de conditions strictes.

Article 530 du Code des sociétés (art. 265 C. Soc. Pour la SPRL) :

« § 1. En cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur cher a contribué à la faillite, tout administrateur ou ancien administrateur, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société peuvent être déclarés personnellement obligés avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif.

L'action est recevable de la part tant des curateurs que des créanciers lésés. Le créancier lésé qui intente une action en informe le curateur. Dans ce dernier cas, le montant alloué par le Juge est limité au préjudice subi par les créanciers agissants et leur revient exclusivement, indépendamment de l'action éventuelle des curateurs dans l'intérêt de la masse.

Est réputée faute grave et caractérisée toute fraude fiscale grave au sens de l'article 3, § 2 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.

§ 2. Sans préjudice du § 1^{er}, l'Office national de Sécurité sociale et le curateur peuvent tenir les administrateurs, anciens administrateurs et administrateurs de fait visés au § 1^{er} comme étant personnellement et solidairement responsables pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire visée à l'article 54 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1959 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, dus au moment du prononcé de la faillite, s'il est établi qu'une faute grave qu'ils ont commise était à la base de la faillite, ou si, au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, les administrateurs, anciens administrateurs et administrateurs de fait se sont trouvés dans la situation décrite à l'article 38, § 3 octies, 8°, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

L'Office national de Sécurité sociale ou le curateur intentent l'action en responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs visée à l'alinéa 1^{er} devant le Tribunal de Commerce qui connaît de la faillite de la société. Le § 1^{er}, alinéa 2, n'est pas d'application vis-à-vis de l'Office et du curateur précité en ce qui concerne les dettes visées ci-dessus.

Est considérée comme une faute grave, toute forme de fraude fiscale organisée au sens de l'article 3, § 2, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, ainsi que le fait que la société est dirigée par un gérant ou un responsable qui a été impliqué dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme percepteur de cotisations sociales. Le Roi peut, après avis du comité de gestion de l'Office national de Sécurité sociale, déterminer les faits, données ou circonstances qui, en vue de l'application du présent paragraphe, peuvent également être considérés comme faute grave ».

Les conditions d'application de cette disposition sont les suivantes :

- une société déclarée en faillite ;
- un actif insuffisant pour payer les dettes sociales ;
- une faute grave et caractérisée dans le chef d'un dirigeant, de fait ou de droit ;
- la faute doit avoir contribué à la faillite.

Qu'entend-on par faute grave caractérisée ?

Il n'existe pas une liste exhaustive des faits à qualifier de faute grave et caractérisée. Il y a lieu d'étudier chaque cas d'espèce individuellement.

Pour sa part, le législateur considère que toute fraude fiscale grave et organisée au sens de l'article 3, § 2, de la loi relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux est considérée, *de plano*, comme une faute grave et caractérisée.

Cette dernière disposition reprend comme infractions, notamment, celles liées à l'état de faillite.

La loi du 20 juillet 2006 a ajouté un second paragraphe à l'article 530 du Code des sociétés amplifiant ainsi la responsabilité des dirigeants, principalement ceux chargés de la gestion journalière.

Pour plus de détails relativement à cette nouveauté législative, voyez la note « *A la poursuite des dirigeants d'entreprise* » reprise en annexe.

4. La responsabilité aquilienne ou quasi-délictuelle

En se limitant aux dispositions du Code des sociétés exposées ci-avant, il resterait des hypothèses dans lesquelles le dirigeant pourrait voir sa responsabilité être mise en cause.

En effet, la responsabilité pour faute de gestion (*actio mandati*) ne vaut qu'à l'égard de la société.

De même, la responsabilité basée sur l'article 528 du Code des sociétés, si pour sa part elle vaut tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers, elle ne peut être mise en cause que relativement à la violation du Code des sociétés, entendu dans un sens large, ou des Statuts.

Quid alors d'une faute de gestion qui serait également constitutive d'un délit ou d'un quasi-délit ? Un tiers ne pourrait-il pas réclamer la réparation de son préjudice ?

Aussi, dans le cas d'une violation à d'autres dispositions que celles visées à l'article 528 du Code des sociétés, la responsabilité des dirigeants ne peut-elle être mise en cause ?

En d'autres termes, peut-on appliquer le droit commun de la responsabilité, soit l'article 1382 du Code civil, pour mettre en cause la responsabilité des dirigeants d'entreprise ?

Article 1382 du Code civil :

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

La Cour de cassation a tranché cette problématique et a admis qu'un tiers puisse mettre en cause la responsabilité d'un dirigeant d'entreprise sur cette base.

« Cass. 29 juin 1989 : « L'imprévoyance des administrateurs, leur inertie coupable, leur mépris envers les intérêts des créanciers (...) forment un ensemble de comportements que n'aurait pas adopté une personne prudente, avisée, soucieuse de tenir compte des éventualités malheureuses qui peuvent résulter pour autrui de sa conduite (...). Les administrateurs se sont rendus coupables non seulement d'une faute de gestion mais aussi d'une faute quasi-délictuelle ».

La doctrine et la jurisprudence considèrent que cette position doit être étendue à la mise en cause de la responsabilité des dirigeants par la société.

Celle-ci pourrait dès lors mettre en cause la responsabilité de ses dirigeants dans le cas où la faute alléguée ne consiste pas en une violation d'une obligation purement contractuelle, mais constitue toutefois un manquement au devoir général de prudence. Ce sera notamment le cas pour les infractions pénales.

Quid d'un concours entre l'action mandati et l'action basée sur l'art. 1382 C. Civ. ?

La question présente un intérêt réel.

En effet, la décharge donnée par l'assemblée générale aux administrateurs est sans effet sur l'exercice de l'action basée sur l'article 1382 C. Civ.

5. Responsabilité des fondateurs en cas de faillite

La responsabilité des fondateurs n'est pas, à proprement parler, une responsabilité liée à la qualité de dirigeant d'entreprise.

Il convient cependant de la mentionner, eu égard à sa grande importance pratique et ses conséquences financières.

Article 456, 4° du Code des sociétés (Art. 229, 5° C. Soc. Pour la SPRL) :

« Les fondateurs sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire :

4° des engagements de la société dans une proportion fixée par le Juge, en cas de faillite, prononcée dans les trois ans de la constitution, si le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au

moins. Le plan financier prescrit par l'article 440 est dans ce cas transmis au Tribunal par le notaire, à la demande du Juge Commissaire ou du Procureur du Roi ».

Article 440 du Code des sociétés (Art. 215 C. Soc. Pour la SPRL) :

« Préalablement à la constitution de la société, les fondateurs remettent au notaire instrumentant un plan financier dans lequel ils justifient du capital social de la société à constituer. Ce document n'est pas publié en même temps que l'acte, mais est conservé par le notaire ».

Cette responsabilité peut être mise en cause, uniquement par le curateur (Gand, 7^e Ch., 5 octobre 1994), et aux conditions suivantes :

- une société déclarée en faillite dans les trois ans de sa constitution ;
- un capital social manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.

Cette seconde condition appelle à de plus amples développements pour déterminer, notamment comment la notion de « *capital manifestement insuffisant* » doit être appréhendée.

La notion de capital manifestement insuffisant doit être appréciée par le Juge en se replaçant au moment de la constitution de la société et en faisant référence au critère du fondateur raisonnablement prudent et consciencieux (Liège, 5 mai 1995 ; Mons, 17 mai 1994).

La viabilité de la société doit être évaluée, non seulement sur base du montant du capital social, mais sur base de la totalité des moyens financiers mis à la disposition de la société (Gand, 7^e Ch., 5 octobre 1994).

Il doit être également tenu compte du chiffre d'affaires et des charges d'exploitation que pouvait raisonnablement engendrer l'activité projetée par les fondateurs. En revanche, il faut écarter de cette appréciation les événements ultérieurs indépendants de la volonté des fondateurs et imprévisibles pour eux (Bruxelles, 9^e Ch., 31 octobre 1991).

Le Juge dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la proportion dans laquelle il met le passif de la société à charge des fondateurs. Il pourra notamment tenir compte des avances qu'ils auraient consenties à la société ou de paiements faits à des créanciers avant la faillite (Liège, 5 mai 1994).

Notez enfin que la responsabilité des fondateurs est solidaire. Le Juge peut néanmoins déterminer la contribution respective à la dette compte tenu du rôle joué par chacun d'entre eux (Liège, 5 mai 1995).

6. Conclusion

En cumulant les dispositions spécifiques du Code des sociétés avec le principe de la responsabilité aquilienne basée sur l'article 1382 du Code civil, la responsabilité des dirigeants d'entreprise peut être mise en cause :

- par la société via :
 - l'*actio mandati* (articles 527 et 262 du C. Civ.) ;
 - les articles 528 et 263 du C. Soc. En cas de violation du Code des sociétés ou des Statuts ;
 - les articles 530 et 265 du C. Soc., en cas de faillite (l'action sera alors introduite par le curateur) ;
 - le droit commun de la responsabilité (Article 1382 C. Civ.).

Juridiquement, sauf action minoritaire (articles 562 à 567 Code des sociétés), l'initiative d'une telle décision appartient à l'Assemblée générale. Cependant, en pratique, la mise en cause par la société de la responsabilité de ses dirigeants n'intervient qu'à l'occasion de changement de majorité en cas de faillite.

- Part tout tiers via :
 - Les articles 528 et 263 du C. Soc., en cas de violation du Code des sociétés ou des Statuts ;
 - Les articles 530 et 265 du C. Soc., en cas de faillite ;
 - Le droit commun de la responsabilité (Article 1382 C. Civ.).

VIII. DE LA POURSUITE DES DIRIGEANTS D'ENTREPRISE

1. Introduction

En adoptant la loi-programme du 20 juillet 2006 ⁽¹⁰⁾, une de celles qui font tant peur à certains ⁽¹¹⁾, le législateur belge a étendu de manière conséquente la responsabilité des dirigeants d'entreprise, tant sur le plan fiscal que social.

Sont concernés les dirigeants de toute société commerciale, quelle que soit sa taille, mais également les dirigeants des grandes ASBL, nationales ou internationales, au sens de l'article 17, § 3, de la loi sur les ASBL ⁽¹²⁾. C'est-à-dire celles qui remplissent au minimum deux des trois critères suivants : occuper cinq travailleurs équivalents temps plein, un minimum de 250.000,00 € de recettes ordinaires et un total bilantaire de 1.000.000,00 €, soit ces mêmes ASBL que celles tenues aux obligations comptables conformément à la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises.

2. En matière sociale

2.1.

Tout d'abord, un nouveau paragraphe a été introduit à l'article 530 du Code des sociétés ⁽¹³⁾ pour accroître, en cas de faillite, la responsabilité des dirigeants d'entreprise.

Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2006.

L'article 530 du Code des sociétés prévoyait déjà qu'en cas de faillite d'une société et d'insuffisance de l'actif, s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans le chef de tout administrateur, ancien administrateur ou administrateur de fait, avait contribué à la faillite, ceux-ci peuvent être déclarés personnellement obligés des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif.

¹⁰ Loi-programme du 20 juillet 2006, M.B., 28 juillet 2006, p. 36921 et s.

¹¹ J. WILDEMEERSCH, « Le dangereux jeu de l'été ... Petite réflexion (apeurée) sur les lois-programmes », in « *Le Bulletin de l'Ordre des Avocats au Barreau de Liège* », Décembre 2006, p. 38.

¹² Loi du 27 juin 1291 sur les associations à but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations.

¹³ Article 58 de la Loi-programme précitée.

La nouvelle loi ajoute que l'ONSS et le curateur peuvent tenir les administrateurs, anciens administrateurs et administrateurs de fait comme étant personnellement et solidairement responsables pour les cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et indemnité forfaitaire ⁽¹⁴⁾ dus au moment du prononcé de la faillite :

- s'il est établi qu'une faute grave qu'ils ont commise était à la base de la faillite

OU

- si au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, les administrateurs en question se sont trouvés impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale ⁽¹⁵⁾.

Est considérée comme faute grave, toute fraude fiscale grave et organisée au sens de l'article 3, § 2, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme. Cette dernière disposition reprend comme infractions, entre autres, celles liées à l'état de faillite.

Est également considéré comme faute grave, le fait que la société soit dirigée par un gérant ou un responsable qui a été impliqué dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme percepteur des cotisations sociales.

Enfin, le Roi peut, après avis du comité de gestion de l'ONSS, déterminer les faits à considérer comme faute grave.

2.2.

Outre le cas de la faillite, la grande nouveauté provient de l'article 60 de la loi cadre qui donne à l'ONSS le pouvoir d'obliger des employeurs, sociétés commerciales ou grandes ASBL qui, au cours d'une période de 12 mois, n'ont pas payé leurs dettes ONSS de deux trimestres, à fournir les données relatives à leurs clients ainsi que les sommes en souffrance dont ces clients et tiers seraient redevables.

Cette disposition est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006.

Le but de cette disposition est évident : permettre à l'ONSS, sur base des éléments obtenus, de pratiquer des saisies auprès de ces clients afin de percevoir les cotisations sociales dues.

Dans le cas où l'employeur omet de transmettre ces données, l'ONSS pourra se retourner contre les dirigeants de la société ou de la grande ASBL, avec en première ligne les dirigeants chargés de la gestion journalière.

¹⁴ Article 54 de l'AR du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

¹⁵ Article 38, 3^o octies, 8^o, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

Ceux-ci seront personnellement et solidairement tenus de l'acquittement des dettes de sécurité sociales, qu'il y ait faute ou non !

Cette responsabilité pourra être étendue aux autres dirigeants de la société ou de la grande ASBL, mais dans ce cas, uniquement si une faute ayant contribué à ces manquements est établie dans leur chef.

3. En matière fiscale

La responsabilité des dirigeants d'entreprise a également été amplifiée au niveau du précompte professionnel et de la TVA.

En s'inspirant des législations néerlandaise et française, le législateur a estimé que l'Etat se doit de réagir face aux comportements « *déloyaux* » des opérateurs et d'adopter des mesures destinées à le protéger contre le risque de pertes fiscales liées à l'impossibilité de recouvrer l'impôt auprès de celui qui en est le redevable normal ⁽¹⁶⁾.

Sur base de l'article 21, § 3, de la 6^e Directive TVA qui permet aux Etats membres de prévoir que toute personne peut être solidairement tenue d'acquitter la TVA avec toute personne qui en est redevable, le législateur belge a donc instauré un nouveau régime de responsabilité pour les dirigeants d'entreprise.

En effet, les articles 14 et 15 de la loi-programme ⁽¹⁷⁾ qui introduisent un article 442 *quater* au Code d'impôts sur les revenus et un article 93 *undecies* au Code TVA, ont mis en place un régime de responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants chargés de la gestion journalière d'une société ou d'une grande ASBL en cas de manquement de ces dernières à leurs obligations de paiement du précompte professionnel ou de la TVA, à la condition qu'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil soit imputable à ces dirigeants.

Parallèlement à ce qui a été prévu en matière sociale, cette responsabilité peut être étendue aux autres dirigeants, s'il est établi que ceux-ci ont commis une faute qui a contribué aux manquements visés ci-avant.

L'originalité consiste à avoir instauré une présomption réfragable de faute dans le chef des dirigeants chargés de la gestion journalière en cas de non-paiement du précompte ou de la TVA.

En matière de précompte professionnel, par inobservation répétée de l'obligation de paiement, on entend :

- soit pour un revenu trimestriel du précompte, le défaut de paiement d'au moins deux dettes échues au cours d'une période d'un an ;

¹⁶ Projet de loi-programme, Doc. Parl., Ch. Repr., 31 mai 2006, Doc 51 2517/001, p. 17.

¹⁷ Entrés en vigueur le 28 juillet 2006.

- soit pour un redevable mensuel du précompte, le défaut de paiement d'au moins trois dettes échues au cours d'une période d'un an.

En matière de TVA, par inobservation répétée de l'obligation de paiement, on entend :

- soit pour un assujetti soumis au régime de dépôt de déclarations trimestrielles à la TVA, le défaut de paiement d'au moins deux dettes exigibles au cours d'une période d'un an ;
- soit pour un assujetti soumis au régime de dépôt de déclarations mensuelles à la TVA, le défaut de paiement d'au moins trois dettes exigibles au cours d'une période d'un an.

La responsabilité des dirigeants ne pourra être engagée, en ce qui concerne le précompte professionnel, que pour le paiement en principal et intérêts des dettes. En ce qui concerne la TVA, elle ne sera engagée que pour le paiement en principal et accessoires des dettes.

Il est remarquable que cette présomption de faute tombe lorsque le non-paiement, tant du précompte que de la TVA, provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture d'une procédure de concordat judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.

Enfin, une telle action en responsabilité contre les dirigeants responsables ne sera recevable qu'à l'expiration d'un délai d'un mois à dater d'un avertissement adressé par le receveur par lettre recommandée invitant le destinataire à prendre les mesures nécessaires pour remédier au manquement ou pour démontrer que celui-ci n'est pas imputable à une faute de sa part.

4. Conclusion

Ces dispositions de la loi cadre du 20 juillet 2006 confirment, pour leur majeure partie, le principe de responsabilité basé sur l'article 1382 du Code civil.

La responsabilité des dirigeants, excepté ceux chargés de la gestion journalière, ne pourra donc être engagée qu'à la condition qu'une faute puisse leur être imputée.

Par contre, pour les dirigeants chargés de la gestion journalière, la plus grande prudence s'impose ! Le législateur ayant, en matière sociale, instauré un régime de responsabilité objective et, en matière fiscale, une présomption de faute.

Les Tribunaux seront, *in fine*, appelés à connaître de l'application de ces dispositions. Reste à voir l'accueil qui leur sera réservé.

IX. DE LA LOI SUR LA CONTINUITÉ DES ENTREPRISES

1. Introduction

La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises a supprimé la procédure de concordat.

Désormais, trois procédures de redressement judiciaire sont offertes aux débiteurs :

- la réorganisation par accord amiable avec deux ou plusieurs créanciers ;
- l'accord collectif ;
- le transfert de tout ou partie de l'entreprise ou des activités sous autorité judiciaire.

Le législateur a voulu repenser le régime de l'entreprise en difficulté en mettant davantage l'accent sur les mesures de prévention des défaillances, assouplissant les procédures existantes.

La principale innovation consiste en ce que la loi du 31 janvier 2009 offre à l'entreprise trois procédures, susceptibles de se succéder, en lieu et place du choix du concordat ou de la faillite.

Le grand changement réside en ce que la vie économique et commerciale continue, l'idée étant de maintenir la continuité.

Cela signifie qu'il n'existe pas de masse mais simplement une entreprise en activité.

Si elle a des dettes, celles-ci sont traitées comme n'importe quelle entreprise.

Une exception est néanmoins prévue pour les créances « *anciennes dettes* » permettant d'obtenir un moratoire pour ces dettes.

2. Procédure

Les règles antérieures en matière de dépistage et d'enquêtes commerciales sont conservées.

Le débiteur garde désormais sa pleine capacité d'administration et de disposition sans préjudice à sa demande au recours à l'assistance d'un médiateur ou d'un mandataire de justice dont l'intervention est simplifiée.

La fonction de commissaire au sursis est supprimée et fait apparaître celle du juge délégué.

Celui-ci aura pour mission de surveiller le déroulement de la procédure et apportera une assistance plus économique que celle donnée au commissaire au sursis.

La faculté qui était reconnue au Procureur du Roi de solliciter l'ouverture de la procédure de sursis est supprimée.

Les conditions d'octroi d'une procédure de réorganisation sont assouplies, de sorte qu'il ne faut plus une situation aussi préoccupante : elle ne doit pas être celle d'une pré-faillite comme auparavant.

L'article 23 de la loi dispose que la procédure de réorganisation judiciaire est ouverte dès que la continuité est menacée à bref délai ou à terme.

Le dépôt de la requête suspend toute déclaration de faillite ou toute dissolution judiciaire de même que la réalisation forcée des biens meubles ou immeubles.

Cette requête n'entraîne pas la naissance d'un concours.

Le Tribunal n'a plus la possibilité de déclarer d'office la faillite en cas d'échec de la tentative de réorganisation.

3. Définitions

L'article 2 de la loi donne un ensemble de définitions et notamment quant aux créances sursitaires, à savoir celles nées avant le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire.

Il y a les créances sursitaires extraordinaires, garanties par un privilège spécial ou une hypothèque et les créances des créanciers propriétaires et les créances sursitaires ordinaires, les créances autres que les créances extraordinaires.

4. Orientations de la loi

La première est la possibilité pour le débiteur de conclure un accord amiable avec ses créanciers en dehors de toute procédure judiciaire (article 15).

La seconde possibilité est le redressement judiciaire qui peut se réaliser sous trois formes, à savoir :

- la réorganisation par accord amiable sous surveillance judiciaire ;
- la réorganisation par accord collectif qui correspond à l'ancien concordat, sauf un allongement à cinq ans de la possible durée du plan ;

- la réorganisation.

La troisième, la réorganisation par un transfert d'entreprise sous autorité de justice.

Ces trois procédures constituent autant d'options pour le débiteur qui peut les suivre successivement au cours d'une même procédure.

5. Mesures quant aux créanciers

- La loi reconnaît l'opposabilité des garanties conventionnelles ;
- le sursis ne fait obstacle ni à la compensation pour dettes connexes ni au paiement volontaire ;
- le sursis n'affecte pas le sort des créances spécifiquement gagées au profit de tiers ;
- le fisc n'est plus considéré comme un créancier privilégié pour l'application de l'article 50 et devient un créancier sursitaire ordinaire ;
- les bénéfices provenant de la diminution du passif sont dans le chef du débiteur exonérés de l'impôt sur le revenu.

6. Champs d'application

La loi nouvelle s'applique aux personnes visées à l'article premier du Code de commerce ainsi qu'aux sociétés agricoles et aux sociétés civiles à forme commerciale (article 4).

La loi n'est pas applicable aux sociétés civiles à forme commerciale lorsque celles-ci couvrent une activité de profession libérale.

Depuis la loi nouvelle, la présente loi s'étend aux agriculteurs, aux sociétés agricoles et aux sociétés civiles à forme commerciale.

7. Règles de procédure commune

Ouverture de la PRJ (article 23) :

L'accès à cette procédure a été facilité.

La PRJ est ouverte dès que la continuité de l'entreprise est menacée, à bref délai ou à terme, et qu'une requête en demandant l'ouverture a été déposée.

La continuité de l'entreprise est présumée menacée pour une personne morale, notamment si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social.

Si une PRJ a déjà été ouverte moins de trois ans plutôt, une nouvelle PRJ ne peut être ouverte que pour assurer le transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise.

Par contre, l'état de faillite du débiteur n'empêche pas l'ouverture d'une PRJ.

La PRJ est ouverte par une requête qui peut être signée par le débiteur seul ou par son avocat.

Certains documents doivent être joints à la requête, conformément à l'article 17, et notamment :

- un exposé des événements sur lesquels il fonde sa demande ;
- l'indication de l'objectif ou des objectifs sollicités par l'ouverture de la PRJ ;
- les mesures et propositions envisagées ;
- une situation comptable et une prévision d'encaissement.

8. Des collectes de données et des enquêtes commerciales

Les articles 8 à 12 de la loi reprennent pour l'essentiel les textes relatifs à la collecte des données et aux enquêtes commerciales calqués sur la loi de 1997 relative au concordat.

La liste des clignotants a été étendue.

C'est ainsi que devront être communiqués au greffe du Tribunal de Commerce les jugements qui déclarent résolu un bail commercial à charge du locataire, refusant le renouvellement sollicité par ce dernier ou mettre fin à la gestion d'un fonds de commerce.

La procédure d'enquêtes commerciales est la même que par le passé sauf que l'objectif recherché doit être désormais de favoriser la continuité de l'entreprise et de ses activités et non plus rechercher si le commerçant remplit les conditions pour bénéficier de la procédure concordataire.

C'est ainsi que certains ont écrit que l'approche sera dorénavant économique et non plus juridique.

Le dossier ne sera plus obligatoirement transmis au Procureur du Roi.

Le juge de l'enquête peut entendre toute personne dont l'audition est utile même hors la présence du débiteur (article 12).

Le juge aura ainsi la possibilité de solliciter des informations auprès des sociétés privées, spécialisées dans la collecte de renseignements commerciaux.

Lorsque le débiteur fait deux fois défaut à l'invitation à comparaître, le juge peut descendre d'office sur les lieux de son établissement (article 12).

Le débiteur peut désormais demander à la chambre d'enquêtes commerciales la désignation d'un médiateur d'entreprise (article 13).

Le débiteur peut demander au Président du Tribunal de Commerce, en dehors de toute procédure d'enquêtes, qu'il désigne un médiateur d'entreprise en vue de faciliter la viabilisation de l'entreprise.

Il ne s'agit pas d'un administrateur provisoire.

Il doit être une personne neutre et compétente qui fait découvrir aux créanciers importants ainsi qu'au débiteur les solutions possibles.

Il n'est pas inutile de rappeler que la faillite d'office a été supprimée par la loi du 08 août 1997 sur les faillites.

Les services d'enquêtes commerciales ont vu leurs fonctions s'étendre de manière double, à savoir :

- la recherche de tous les renseignements et données utiles concernant l'état de l'entreprise en vue de donner l'ensemble de ces informations au Parquet afin que celui-ci puisse citer en faillite devant le Tribunal de Commerce dans le cadre d'une procédure contradictoire ;
- d'autre part, à titre préventif, inviter le débiteur à prendre les mesures de restructuration, notamment en déposant une requête en réorganisation judiciaire ;
- il est fait, à l'heure actuelle, obligation aux comptables, experts comptables, réviseurs d'entreprise lorsqu'ils voient que l'activité d'une entreprise est menacée d'informer de manière circonstancielle l'organe de gestion afin qu'il prenne les mesures nécessaires dans les 12 mois qui suivent l'avertissement. Si aucune mesure n'est prise, ils ont une simple faculté d'avertir le Président du Tribunal de Commerce et dans cette hypothèse l'article 458 du code pénal concernant le secret professionnel n'est pas d'application, l'expert, comptable ou réviseur étant délié du secret professionnel.

La loi du 02 mai 2013 a renforcé le pouvoir des juges délégués aux enquêtes commerciales, notamment en permettant d'interroger directement les comptables ou réviseurs ou en descendant sur les lieux.

9. Du mandataire de justice – acteurs de la PRJ

Une autre mesure conservatoire consiste en la désignation d'un mandataire de justice lorsque les manquements graves et caractérisés du débiteur menacent la continuité de l'entreprise (article 14).

Le fait que tout intéressé peut solliciter la désignation d'un mandataire de justice le distingue du médiateur d'entreprise qui n'intervient qu'à la seule requête du débiteur.

- Médiateur d'entreprises (article 13).

Pour faciliter la réorganisation judiciaire, le Tribunal peut, à la demande du débiteur, désigner un médiateur d'entreprise dont l'étendue et la durée de la mission sont fixées dans une ordonnance prononcée en Chambre du Conseil. Il s'agit d'une mesure conservatoire.

- Mandataire de justice (articles 14, 27, 60 et 71)

A titre de mesure conservatoire également, un mandataire de justice peut être désigné à la requête de tout intéressé lorsque des manquements graves et caractérisés menacent la continuité de l'entreprise.

Différemment, après l'ouverture de la PRJ, un mandataire de justice peut être désigné pour assister le débiteur pendant la procédure.

Dans le cadre d'un transfert tout ou partie de l'entreprise sous autorité de justice, un mandataire de justice est chargé de réaliser le transfert au nom et pour compte du débiteur.

- Administrateur provisoire (article 28)

Un administrateur provisoire peut également être nommé par le Tribunal pour la durée du sursis et se substituer au débiteur en cas de faute grave et caractérisée ou de mauvaise foi manifeste du débiteur ou d'un de ses organes.

- Juge délégué (articles 18, 19 et 41)

C'est le personnage principal de la procédure.

Il est nommé par le Président du Tribunal dès que la requête a été introduite.

Il s'agit bien souvent d'un Juge Consulaire.

Le rôle du juge délégué est en premier lieu de faire rapport au Tribunal sur la recevabilité et le fondement de la demande.

Il intervient tout au long de la procédure et va suivre l'évolution du dossier, veiller au respect de la loi et faire rapport au Tribunal à différents stades de la procédure, notamment concernant les mains levées des saisies (article 30), prorogation du sursis (article 38), ou encore fin de la PRJ (articles 40 et 41) avec cette innovation législative puisque lorsqu'il apparaît que le débiteur n'est pas en mesure d'assurer la continuité de tout ou partie de l'entreprise, sur informations fournies par le juge délégué, le Tribunal peut ordonner la fin anticipée de la procédure et ce sur base de l'article 41 modifié.

10. L'accord amiable

L'article 15 de la loi autoriser le débiteur à conclure avec tous ses créanciers ou plusieurs d'entre eux un accord amiable.

L'accord amiable relève entièrement de l'autonomie de la volonté des parties et est particulièrement discret, les tiers ne pouvant en prendre connaissance qu'avec l'assentiment exprès du débiteur, ce qui favorisera le sauvetage de l'entreprise qui rencontre des difficultés par rapport à la procédure judiciaire qui avait tendance à nuire à l'entreprise.

L'accord amiable est très certainement un outil habituel dans la pratique internationale qui permettra le règlement des insolvabilités internationales importantes.

11. De la procédure de réorganisation judiciaire (articles 16, 44 et suivants)

La procédure est formée par voie de requête.

Dès le dépôt de la requête, un juge délégué est désigné par le Tribunal pour faire rapport de la recevabilité et le fondement de la demande.

L'article 16 précise que la procédure a pour but de préserver sous le contrôle du juge la continuité de tout ou partie de l'entreprise en difficulté.

L'article 23 précise que dès que la continuité de l'entreprise est menacée à bref délai ou à terme, le Tribunal déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire et fixe le délai du sursis d'une durée de six mois maximum (article 24) sous réserve de prorogation (article 28) d'une durée maximum et totale de 12 mois à compter du jugement accordant le sursis.

Le débiteur qui a obtenu un sursis est privé du même droit pendant trois ans avant de pour en solliciter un autre.

La nouvelle loi supprime toute appréciation dans le chef du Tribunal dont le contrôle devient purement formel, soit réduit à la vérification du caractère complet des pièces annexées à la requête (article 23) ou communiquées dans les 14 jours et à l'absence d'introduction d'une procédure similaire dans les trois années précédentes.

12. Mesures d'accompagnement

Le débiteur ou tiers intéressé peut dans le cours de la procédure de réorganisation judiciaire solliciter du Tribunal qu'il désigne un mandataire de justice pour assister le débiteur (article 27).

Le mandataire a été conçu pour remplir, à ce stade de la procédure, le rôle précédemment joué par le commissaire au sursis.

13. De l'administrateur provisoire

Le Tribunal peut, à la demande de tout intéressé ou du Ministère Public, désigner un administrateur provisoire qui se substituera au débiteur ou à l'organe défaillant et gèrera l'entreprise pendant la période du sursis (article 28).

14. Des contrats en cours

L'article 35 de la loi interdit aux créanciers de mettre fin aux contrats en cours même en cas de manquements contractuels commis par le débiteur avant le sursis si dans les quinze jours de la mise en demeure, ce dernier a pallié l'inexécution.

Il s'agit en effet de mettre en avant le principe de continuité.

Les clauses pénales restent quant à elles sans effet au cours de la période du sursis (article 35).

Le législateur a donné en revanche la faculté au débiteur de décider de ne plus exécuter un contrat, à l'exception du contrat de travail, pendant la durée du sursis, dès lors que cette mesure s'avère nécessaire à la présentation d'un plan de réorganisation.

Le caractère de dette de masse est dorénavant reconnu à toutes les créances se rapportant aux prestations effectuées pendant la période de réorganisation judiciaire.

Il importe peu que ces créances soient issues d'engagements nouveaux du débiteur ou de la poursuite de contrats en cours lors de l'ouverture de la procédure de réorganisation.

15.Remarques

A tout moment, le débiteur peut modifier l'objectif de sa demande de réorganisation judiciaire.

C'est ainsi que l'accord amiable qui s'avérerait irréalizable peut être abandonné au profit d'un plan de réorganisation ou d'un transfert de tout ou partie de l'entreprise.

16.Fin anticipée

Quant la continuité de tout ou partie de l'entreprise ne peut plus être assurée, le Tribunal peut ordonner sa fin anticipée au plus tôt à compter du trentième jour du dépôt de la requête et au plus tard au moment du dépôt du plan de réorganisation du dossier de la procédure (article 41).

Le Tribunal statue sur la requête et accorde un sursis qui ne peut excéder douze mois.

S'il existe des circonstances exceptionnelles, le débiteur ou les créanciers peuvent solliciter l'augmentation de ce sursis de six mois maximum.

Il est à noter :

- que le sursis peut être d'une durée inférieure à douze mois ;
- que la loi nouvelle crée une innovation : lorsqu'il apparaît que le débiteur n'est pas en mesure d'assurer la continuité de tout ou partie de l'entreprise, et sur l'information fournie par le juge délégué, le Tribunal peut ordonner la fin anticipée de la procédure. Cependant, et en aucun cas, le Tribunal ne peut prononcer la faillite à cette occasion. Seul le Procureur du Roi peut alors ressaisir le Tribunal de Commerce en vue de la mise en faillite de l'entreprise ou de sa liquidation judiciaire.

A cette occasion, le Tribunal peut prononcer la faillite ou la liquidation judiciaire de la société.

17.Phase judiciaire : la réorganisation judiciaire

Comme dit ci-avant, il y a trois types de réorganisation judiciaire :

- la réorganisation par accord amiable ;
- la réorganisation par accord collectif ;
- la réorganisation par transfert d'entreprise.

a. Préalables obligatoires :

Le débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure doit déposer, à peine d'irrecevabilité, un ensemble d'éléments qui sont repris à l'article 17 qui, depuis la loi nouvelle, doivent être déposés en même temps que la requête.

Il est à noter que les plans comptables doivent être supervisés par un comptable, expert comptable, ou réviseur d'entreprise.

Dans tous les cas, le Tribunal procédera à la désignation d'un juge délégué qui veille au respect des formalités prévues par la loi et suivra le débiteur pendant le sursis.

b. Effets de la procédure :

Pendant la procédure, le débiteur ne peut plus être déclaré en faillite ou dissout judiciairement.

Aucune réalisation des biens meubles ou immeubles ne peut intervenir dans l'exercice d'une voie d'exécution.

La procédure de réorganisation judiciaire ne profite pas aux codébiteurs et cautions.

Elle empêche les créanciers parastataux (fisc ou ONSS) à signaler que l'entrepreneur est débiteur légal de ces administrations dans le cadre des marchés publics.

Toutefois, elle ne fait pas obstacle à l'action directe.

Le débiteur a l'obligation d'informer individuellement les créanciers dans les 14 jours du prononcé du jugement de la décision intervenue.

18. L'accord amiable (article 43)

L'accord amiable est conclu entre le débiteur et tous ses créanciers ou deux ou plusieurs d'entre eux sous la surveillance du juge délégué et avec l'aide éventuelle du mandataire de justice visé à l'article 27.

Le législateur a reconnu au Tribunal d'accorder des termes et délais modérés au débiteur.

C'est en ce sens que l'article 43 permet au Tribunal de faciliter la conclusion d'un accord amiable en attribuant cette compétence au juge de la réorganisation.

La saisine du Tribunal se conçoit si les créanciers avec qui le débiteur négocie un accord amiable résistent à ces propositions.

Dans ce cas, le débiteur demande au Tribunal de statuer sur l'octroi des termes et délais qu'impliquent sa ou ses propositions.

En effet, pour le surplus, le Tribunal se borne à constater l'accord qui est donc négocié en dehors de lui.

19. La réorganisation par accord collectif (article 44)

Il s'agit d'une procédure équivalente à celle du concordat antérieur.

A l'instar de la loi actuelle, le plan doit comprendre une partie descriptive et une partie prescriptive.

L'une des nouveautés est que le plan doit contenir la description des droits dont bénéficient certains créanciers sursitaires et les créanciers de créances à naître du fait du vote ou de l'homologation du plan quelle que soit leur qualité chirographaire, privilégié, créancier propriétaire, ... (article 48).

La loi laisse une grande liberté au débiteur dans l'élaboration des propositions qu'il peut soumettre aux créanciers (article 49).

L'article 51 prévoit la cession volontaire de tout ou partie de l'entreprise.

Au niveau de la durée du plan de réorganisation, le délai maximum de cinq ans est à compter de son homologation (article 52) ce qui est un allongement considérable par rapport à la loi ancienne.

Au niveau des créanciers sursitaires extraordinaires, c'est-à-dire ceux bénéficiant d'une garantie par une sûreté réelle ou un privilège spécial ainsi que les créanciers propriétaires, le plan ne peut leur imposer un suris que pour autant que les intérêts leur soient versés et que le délai de sursis ne dépasse pas 24 mois.

Toutefois, ce délai peut être prolongé par une nouvelle période de douze mois à certaines conditions (article 50).

Le législateur a également introduit une aide précieuse pour le débiteur en lui assurant une neutralité fiscale des opérations faites en application de la loi sur la réorganisation judiciaire (article 83).

C'est ainsi que les bénéfices provenant des moins-values actées par le débiteur sur les éléments du passif à la suite de l'homologation par le Tribunal d'un plan de réorganisation sont exonérés.

20. Homologation du plan

Le calcul des deux majorités requises, celle en nombre et celle en valeur, est désormais calculé par la référence aux seuls créanciers participant au vote.

L'homologation du plan voté par les créanciers ne peut être refusée par le Tribunal qu'en cas d'inobservation des formalités imposées par la loi ou par violation de l'ordre public (article 55).

Depuis la législation nouvelle de 2013, la proportion de paiement ne peut être inférieure à 15% du montant de la créance et ce à la demande des administrations fiscales et sociales, les services publics ne peuvent recevoir un sort moins favorable que celui qui est accordé par le débiteur aux créanciers sursitaires ordinaires les plus favorisés.

Autrement dit, en vue de favoriser la continuité de l'entreprise, le débiteur suggère à tous les créanciers de recevoir un pourcentage de x%, il ne peut pas proposer un pourcentage moindre aux administrations fiscales et sociales alors que, sur le régime antérieur, il était possible de prévoir des abattements extrêmement importants pour les créances sociales et fiscales.

Le plan ne peut pas prévoir de réduction ou d'abandon des créances nées de prestations de travail antérieures à l'ouverture de la procédure.

Autrement dit, les créanciers sociaux, ouvriers, employés ou apprentis ne peuvent avoir leur créance réduite par l'effet du plan.

D'autre part, le plan n'est pas applicable aux dettes alimentaires ni à la réparation des dommages causés par la faute du débiteur et ayant entraîné le décès ou une atteinte à l'intégrité physique d'une autre personne.

Une fois le plan approuvé par les créanciers aux majorités reprises ci-dessus, il est homologué par le Tribunal et publié au Moniteur.

Cette homologation est contraignante pour tous les créanciers sursitaires, c'est-à-dire non seulement ceux qui ont voté favorablement mais également ceux qui ont voté contre le plan.

Le Tribunal n'a donc plus de pouvoir d'appréciation.

Une fois homologué, le plan est contraignant pour tous les créanciers sursitaires qu'ils aient voté ou non.

Les créanciers qui se sont abstenus de produire sont écartés du plan jusqu'à son exécution totale, moment où ils seront payés comme les créanciers de même nature.

21. Du transfert d'entreprise

Le transfert d'entreprise sous autorité de justice est conçu comme une sorte d'alternative à la faillite.

Il s'agit d'une technique qui permet plus facilement le transfert d'une entreprise ou certaines de ses activités sans connaître le contexte formalisé d'une faillite.

Les modalités du transfert sont fixées aux articles 59 et suivants.

Le Tribunal statue sur le principe du transfert même si à ce moment aucun projet n'existe encore.

Ce transfert présente la particularité de pouvoir être ordonné par le Tribunal sous la condition que le débiteur y consente.

Le transfert peut également être ordonné en dehors du cadre de la procédure de réorganisation judiciaire dans des cas bien précis tel que celui de la demande du Parquet ou d'un tiers en cas de faillite du débiteur sans ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire.

Ce transfert sera organisé au nom et pour compte du débiteur sous le contrôle du Tribunal de Commerce.

En vertu de l'article 60, un sursis peut être ordonné n'excédant pas six mois (article 60).

Ce sera le mandataire désigné par le Tribunal qui organisera et réalisera le transfert.

L'article 61 prévoit un ensemble de dispositions nouvelles qui sont protectrices des droits des travailleurs.

Le cessionnaire doit avoir certaines obligations quant aux choix des travailleurs mais ce choix doit être dicté par des raisons techniques, économiques et organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite.

La loi vise essentiellement à protéger les travailleurs protégés et les représentants des travailleurs qui ne peuvent subir un traitement différencié.

Le texte nouveau prévoit que pour les personnes qui exercent ou ont exercé le contrôle d'une entreprise dont le transfert total ou partiel est souhaité, dans la mesure où ils exercent en même temps, à travers d'autres personnes morales, le contrôle sur des droits nécessaires à la poursuite des activités, leur offre ne peut être prise en considération qu'à la condition que ces droits soient accessibles dans les mêmes conditions aux autres offrants.

Cela implique que si, dans le cadre de cession d'entreprise, il existe un brevet, une marque, ..., l'offre formulée par des personnes qui ont exercé le contrôle de la société dont l'activité est cédée, et qu'elles détiennent via d'autres personnes morales, un élément essentiel à la poursuite de l'activité, par exemple un brevet ou une marque, leur offre ne peut être prise en considération que dans la mesure où elles permettent à d'autres offrants d'avoir accès à cette marque, à ce brevet, ...

Ce qui implique que si le choix du mandataire de justice chargé du transfert porte sur une autre offre que la leur, elles seraient contraintes de céder l'élément essentiel à la poursuite de l'activité à l'autre offrant.

Il est peu probable que cette mesure soit réaliste ...

Il veillera à solliciter des offres qui permettront le maintien de l'activité tout en ayant égard aux droits des créanciers (article 62).

Les projets du mandataire sont transmis au juge délégué et soumis au Tribunal par requête contradictoire notifiée au débiteur.

C'est le Tribunal qui décide de la vente qui sera retenue (article 64).

En cas de vente d'immeuble, le projet d'acte sera établi par un notaire et accompagné d'un rapport d'évaluation.

Les contrats de travail seront transférés au cessionnaire (article 61) sans préjudice d'aménagements négociés.

Le jugement autorisant la vente est publié au Moniteur Belge.

22. En conclusion

La loi nouvelle favorise la continuité de l'entreprise.

Espérons que celle-ci connaîtra un plus grand succès que la loi du concordat.

Il est toutefois regrettable de constater que la toute dernière législation de 2013 restreint considérablement l'accès à la PRJ et favorise un contrôle beaucoup plus strict du Tribunal par l'intermédiaire de Juge Délégué : y aurait-il eu des abus ... ???

TABLE DES MATIERES

| | |
|--|----------------|
| 0. <u>INTRODUCTION</u> | page 2 |
| 1. <u>DU CODE DES SOCIETES</u> | page 5 |
| I.1. notions de base relatives au code des sociétés | page 5 |
| I.2. sociétés et associations | page 7 |
| I.3. sociétés civiles et commerciales | page 8 |
| I.4. sociétés de capitaux ou de personnes | page 9 |
| I.5. sociétés dotées de la personnalité juridique | page 10 |
| 2. <u>DE LA SOCIETE EN DIFFICULTE</u> | page 11 |
| 3. <u>DE LA FAILLITE</u> | page 15 |
| 3.1. conditions de la faillite | page 15 |
| 3.2. compétence | page 16 |
| 3.3. mode de déclaration de la faillite | page 16 |
| 3.4. administrateur provisoire | page 18 |
| 3.5. jugement de la faillite | page 19 |
| 3.6. voies de recours | page 19 |
| 3.7. date de cessation des paiements | page 20 |
| 3.8. effets de la faillite | page 21 |
| a. dessaisissement | page 21 |
| b. inopposabilité à la masse | page 21 |
| c. exigibilité des dettes non échues | page 22 |
| d. suspension du cours des intérêts | page 22 |
| e. actions contre le failli | page 22 |
| 3.9. administration et liquidation de la faillite | page 23 |

| | |
|---|----------------|
| a. le curateur | page 23 |
| b. le Juge Commissaire | page 26 |
| c. le Ministère Public | page 26 |
| d. formalités de la faillite | page 27 |
| e. poursuite des contrats en cours | page 28 |
| f. poursuite des activités commerciales | page 30 |
| g. déclaration et vérification des créances | page 30 |
| h. revendication et clause de réserve de propriété | page 31 |
| i. réalisation des actifs | page 32 |
| j. récupération des créances | page 33 |
| k. clôture | page 33 |
| 3.10 Excusabilité du failli et décharge des sûretés personnelles | page 35 |
| 1. introduction | page 35 |
| 2. la notion d'excusabilité | page 35 |
| 3. les conditions de l'excusabilité : le failli malheureux et de bonne foi | page 36 |
| 4. les effets de l'excusabilité | page 40 |
| <u>Quant au failli</u> | page 40 |
| 1. L'impossibilités des poursuites | page 40 |
| 2. La réhabilitation | page 41 |
| <u>Quant au conjoint ou ex-conjoint du failli</u> | page 41 |
| 5. la procédure | page 41 |
| 3. 11. La décharge de la caution du failli | page 43 |
| 1. introduction | page 43 |
| 2. les formalités de déclaration | page 44 |
| 3. la personne physique sûreté personnelle | page 45 |
| 4. la sûreté personnelle doit s'être constituée à titre gratuit | page 45 |
| 5. L'obligation de la caution doit être disproportionnée | page 47 |
| 6. Quid de la décharge des sûretés personnelles | page 47 |
| Remarque importante | page 49 |
| 4. <u>DE LA LIQUIDATION</u> | page 51 |
| INTRODUCTION | page 51 |
| ASPECT LÉGAL | page 53 |
| 1. De la liquidation judiciaire | page 53 |

| | |
|--|---------|
| 2. De la dissolution volontaire | page 54 |
| 3. De l'intervention du Tribunal de Commerce | page 55 |
| a. Entrée en fonction | page 55 |
| b. Conditions pour pouvoir être liquidateur | page 56 |
| 4. Du liquidateur | page 57 |
| 4.1. Nomination du liquidateur | page 57 |
| 4.2. Pouvoirs du liquidateur | page 57 |
| 4.3. De la mission du liquidateur | page 58 |
| 4.4. Durée du mandat | page 59 |
| 4.5. Nature du mandat | page 60 |
| 4.6. Rémunération du liquidateur | page 60 |
| 4.7. Des obligations du liquidateur | page 60 |
| 4.bis. Du dossier de la liquidation | page 61 |
| 5. Des effets de la liquidation | page 61 |
| 6. De la clôture de la liquidation | page 62 |
| 7. Réformes législatives | page 63 |
| - Homologation du liquidateur | page 64 |
| - Conditions pour être confirmé | page 64 |
| - actes intermédiaires | page 64 |
| - Rapport du liquidateur | page 65 |
| - Plan de répartition | page 65 |
| - Dossier de liquidation | page 65 |
| - Dissolution en seul acte | page 65 |
| - Vente d'immeubles en cas de liquidation en un seul acte | page 66 |
| - Liquidations et faillites | page 66 |
| Tableau récapitulatif | page 68 |
| Les 6 grandes différences entre faillite et liquidation | page 69 |
| ASPECT PRATIQUE | page 71 |
| 1. De l'analyse comptables des opérations de liquidation | page 71 |
| 2. Les opérations de liquidation | page 73 |
| 2.1. Réalisation des actifs | page 73 |
| 2.2. Règlement des dettes | page 74 |
| 2.3. La répartition de l'avoir social | page 75 |

| | |
|--|---------|
| Bilan à la clôture de la liquidation | page 76 |
| 3. De la liquidation déficitaire | page 77 |
| 4. Du boni de liquidation | page 77 |
| 5. Des aspects fiscaux de la clôture de liquidation | page 77 |
| 6. Les formalités post-clôture | page 78 |
| 5. <u>DE LA MISE EN FAILLITE D'UNE SOCIETE EN LIQUIDATION</u> | page 79 |
| 6. <u>CONCLUSION</u> | page 81 |
| 7. <u>DE LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS D'ENTREPRISE</u> | page 82 |
| 1. Responsabilité des dirigeants pour faute de gestion | page 82 |
| 2. Responsabilité des dirigeants pour violation du Code des sociétés et des Statuts | page 83 |
| 3. L'action en comblement de passif | page 84 |
| 4. La responsabilité aquilienne ou quasi-délictuelle | page 86 |
| 5. La Responsabilité des fondateurs en cas de faillite | page 87 |
| 6. Conclusion | page 89 |
| 8. <u>DE LA POURSUITE DES DIRIGEANTS D'ENTREPRISE</u> | page 90 |
| 1. Introduction | page 90 |
| 2. En matière sociale | page 90 |
| 3. En matière fiscale | page 92 |
| 4. Conclusion | page 93 |
| 9. <u>DE LA LOI SUR LA CONTINUITE DES ENTREPRISES</u> | page 94 |
| 1. Introduction | page 94 |
| 2. Procédure | page 94 |
| 3. Définitions | page 95 |
| 4. orientations de la loi | page 95 |
| 5. mesures quant aux créanciers | page 96 |
| 6. champs d'application | page 96 |
| 7. règles de procédure commune | page 96 |
| 8. des collectes de données et des enquêtes Commerciales | page 97 |
| 9. du mandataire de justice – acteurs de la PRJ | page 99 |

| | |
|--|-----------------|
| 10. accord amiable | page 100 |
| 11. de la procédure de réorganisation judiciaire | page 100 |
| 12. mesures d'accompagnement | page 101 |
| 13. de l'administrateur provisoire | page 101 |
| 14. des contrats en cours | page 101 |
| 15. remarques | page 102 |
| 16. fin anticipée | page 102 |
| 17. phase judiciaire : la réorganisation judiciaire | page 102 |
| a. préalables obligatoires | page 103 |
| b. effets de la procédure | page 103 |
| 18. l'accord amiable | page 103 |
| 19. la réorganisation par accord collectif | page 104 |
| 20. homologation du plan | page 105 |
| 21. du transfert d'entreprise | page 106 |
| 22. conclusion | page 108 |
| | |
| TABLE DES MATIERES | page 109 |