SCHOUPS

Comment se prémunir du risque d'un débiteur insolvable ?

26 octobre 2021

Hélène Kislanski
t. +32 2 790 44 44
Helene.kislanski@schoups.be

Hélène Kislanski

Faillites d'entreprises liées à la crise du coronavirus : le pire est sans doute encore à venir

Faillites d'entreprises liées à la crise du coronavirus : le pire est sans doute encore à venir © sarote pruksachat - Getty Images

#Investigation: après la crise du Covid-19, les faillites seront nombreuses. Comment gérer ?

La Belgique pourrait faire face à une vague de faillites en 2021, comment la justice va-t-elle réussir à gérer cela ? © Tous droits réservés

Hélène Kislanski

L'Echo

Accueil | Les Marchés LIVE | Mon Argent

After marathon à Rotterdam: nos adresses préférées

Impact mitigé pour les 4 zones franches wallonnes

ACTU > ECONOMIE & POLITIQUE > BELGIQUE > GÉNÉRAL

Les faillites devraient bondir de 60% cette année

Nombre de faillites pour la Belgique et les régions, dernières 12 années

			Nombre de faillites											
Belgique	Région	Année	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Belgique	Région flamande		4.983	4.918	4.908	5.356	5.742	5.285	4.769	4.760	4.688	4.415	4.920	3.744
	Région de Bruxelles-Capitale		1.788	1.915	2.348	2.263	2.652	2.203	2.142	1.954	2.639	3.033	2.978	1.502
	Région wallonne		2.649	2.737	2.968	2.968	3.346	3.248	2.851	2.456	2.641	2.430	2.700	1.957
Belgique			9.420	9.570	10.224	10.587	11.740	10.736	9.762	9.170	9.968	9.878	10.598	7.203

Source: Statbel (Direction générale Statistique - Statistics Belgium)

Nombre de faillites pour la Belgique et les régions, derniers 13 mois

			Nombre de faillites												
		Année	2020					2021							
Belgique	Région	Mois	Août 2020	Septembre 2020	Octobre 2020	Novembre 2020	Décembre 2020	Janvier 2021	Février 2021	Mars 2021	Avril 2021	Mai 2021	Juin 2021	Juillet 2021	Août 2021
Belgique	Région flamande		218	383	324	295	257	219	272	317	277	215	304	224	147
	Région de Bruxelles-Capitale		69	141	122	132	97	89	69	106	69	115	154	67	53
	Région wallonne		103	205	168	168	135	137	158	182	120	156	157	137	71
Belgique			390	729	614	595	489	445	499	605	466	486	615	428	271

Source: Statbel (Direction générale Statistique - Statistics Belgium)

Mesures gouvernementales

- Premier moratoire sur les faillites (du 24 avril 2020 au 17 juin 2020)
- Second moratoire sur les faillites (du 24 décembre 2020 au 31 janvier 2021)
- Moratoire de fait sur les faillites : instruction du ministère des Finances au SPF Finances et à l'ONSS de ne pas citer en faillite les entrepreneurs en bonne santé avant la crise sanitaire n'ayant accumulé des dettes que depuis le 1er janvier 2020 (du 1er février 2021 au 30 juin 2021)
- Réforme de l'accès à la procédure de réorganisation judiciaire : plus de flexibilité (→ 16 juillet 2022)
- Diverses mesures de soutien au niveau fédéral, régional et local (i.e. plans de paiement à l'amiable octroyés par l'ONSS, exonérations fiscales sur les indemnités attribuées suite à la pandémie)

Table des matières

I. Signaux d'alerte
II. Principe d'égalité des créanciers
III. Moyens d'action
   a) Exception d'inexécution
   b) Garanties
   c) Saisies
   d) Recouvrement de créances non contestées
   e) Citation au fond
   f) Citation en faillite
IV. Période suspecte
V. Faillite et réorganisation judiciaire

I. Signaux d'alerte

Faillite imminente de son cocontractant – signaux d'alerte:

- Rumeurs sur le marché
- Défaut de paiement
- Dettes importantes vis-à-vis du fisc ou de l'ONSS
- Faillite précédente d'un des chefs d'entreprise
- Administrateur provisoire → Publication au Moniteur belge
- Dépôt tardif des comptes annuels → Publication à la banque nationale de Belgique
- Saisie → Fichier Central des Saisies
- Transfert du siège social → Publication au Moniteur belge
- Démission d'administrateurs → Publication au Moniteur belge

II. Principe d'égalité des créanciers

Importance des sûretés et privilèges

Position privilégiée en tant que créancier dans une faillite :

- **Principe d'égalité des créanciers:** Art. 8 de la loi hypothécaire "Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence."
  - → Distribution proportionnelle (*au marc le franc*)
  - → Exception: sûretés et privilèges
  - → Les créanciers chirographaires se retrouvent presque toujours les mains vides

- **Situation de concours:** le rang des créanciers est figé au moment du jugement ordonnant la faillite sur la base des sûretés existantes:
  - → Les créanciers ne peuvent plus renforcer leur position
  - → Le moment de l'octroi de la sûreté ou du privilège est crucial
  - → **Action requise!**

III. Moyens d'action

Hélène Kislanski

a) Exception d'inexécution

b) Garanties

c) Saisies

d) Recouvrement de créances non contestées

e) Citation au fond

f) Citation en faillite

Hélène Kislanski

a) Exception d’inexécution “ENAC” (*exceptio non adempleti contractus*)

= droit de suspendre ses obligations si l'autre partie n'exécute pas les siennes

Moyen de coercition et mesure de protection

Aucune autorisation judiciaire préalable n'est requise (mais un contrôle ultérieur est possible)

Conditions:

1) Contrat synallagmatique
2) Obligations réciproques exécutées simultanément
3) Une créance certaine et exigible
4) Un manquement imputable à l’autre partie (consommé)
5) Bonne foi
6) Caractère temporaire: une fois que la partie défaillante a exécuté ses obligations, le créancier doit s'exécuter

! ENAC ne peut pas être exclue contractuellement (en totalité ou en partie)

Hélène Kislanski

b) Garantie

= tous les mécanismes juridiques visant à assurer le paiement de la créance du créancier, quels que soient leur nature ou leur objet.

- L'hypothèque
- Le gage
- Le droit de rétention
- La compensation
- Le cautionnement

Hélène Kislanski

Hypothèque

= sûreté réelle immobilière

- Acte authentique

- Sécurité redoutable, mais coût élévé:
  - Droit d'enregistrement: 1%
  - Droit d'inscription ou d'hypothèque: 0,30%
  - Honoraires du conservateur des hypothèques
  - Honoraires du notaire
  - Frais d'acte

Des hypothèques pour toutes sommes : Art. 81bis Loi Hypothécaire "*Une garantie hypothécaire peut être constituée pour sûreté de créances futures, à la condition qu'au moment de la constitution de la sûreté, les créances garanties soient déterminées ou déterminables; son rang est fixé au jour de son inscription, sans égard aux époques auxquelles les créances garanties prennent naissance*."

Hélène Kislanski

Hypothèque

- Inscription au registre de conservation des hypothèques: opposabilité aux tiers
- Une fois établie, l'hypothèque s'étend à tout bien immobilier par destination ou incorporation et à toutes les améliorations apportées au bien

Hélène Kislanski

Gage

= sûreté réelle mobilière

- **Nouvelle loi sur le gage**: Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières entrée en vigueur le 1er janvier 2018 (Titre XVII de l'ancien Code civil)

Hélène Kislanski

Gage

- Formation (Art. 2)
  - Ne nécessite plus de dépossession: nouveauté principale
  - Contrat consensuel (pour les non-consommateurs)

- Preuve (Art. 4)
  - **"Gage registre"**: prouvé par un écrit
  - **"Gage avec dépossession"**: prouvé par toute voix de droit
  - ! Si le donneur de gage = consommateur: écrit conforme à l'art. 1325 ou 1326 du Code civil et indication de la valeur des biens gagés (art.4, §2), qui ne peut pas excéder le double du montant de la créance garantie (art. 7)

- Etendue du gage: créances existantes/futures (déterminées ou déterminables); principal de la créance garantie + sommes accessoires qui, pour les consommateurs, ne peuvent pas dépasser 50% du principal (art. 12)

Hélène Kislanski

Gage

- Opposabilité: Dépossession ou inscription: choix
  - "Gage registre": inscription au registre national des gages (art. 29)
  - "Gage avec dépossession": dépossession (art. 39)

- Registre des gages
  - PAS pour les créances gagées (Convention de gage et notification cf. art. 1690-91 Cciv)
  - Expire après dix ans, renouvellement possible
  - Radiation (totale ou partielle) de l'enregistrement par le créancier gagiste en cas de paiement de la dette garantie (art. 36)
  - Toute personne a accès au registre des gages

Hélène Kislanski

Gage

- Le constituant du gage a le droit de :
  - Faire un usage raisonnable des biens donnés en gage conformément à leur destination (art. 17)
  - De disposer librement des biens gagés dans le cours normal de ses affaires (art. 21)

- Protection du créancier gagiste :
  - Subrogation réelle (art. 9)
  - Droit d'inspection (art. 16)
  - Transformation (art. 18)
  - Droit de suite (art. 24)

- Exécution et réalisation du gage (art. 47)
- Rang → ordre chronologique de son enregistrement

Hélène Kislanski

Droit de rétention

= droit d'un créancier de suspendre la restitution d'un bien qui lui a été remis par le débiteur tant que sa créance **relative à ce bien** n’est pas exécutée

- Par exemple, un garagiste qui refuse de rendre le véhicule tant que la réparation n'a pas été payée.

Hélène Kislanski

Droit de rétention

- Egalement (finalement) réglementé dans la loi sur le gage (art. 73 à 76)
- Conditions:
  - Existence d'une créance certaine, liquide et exigible (art. 73)
  - Pouvoir effectif sur le bien: possession (art. 74)
  - Bien corporel, aliénable et saisissable (acquis et conservé de bonne foi)
  - Lien connexe entre la créance et le bien (art. 73)
  - Inexécution imputable au débiteur (art. 73)
- Rang :
  - Droit de préférence de créancier gagiste (art. 76)
  - Un gage basé sur un droit de rétention pour une créance en conservation de la chose prime tous les créanciers gagistes (art. 58)

Hélène Kislanski

La compensation

= Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une de l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes.

1. Compensation légale des dettes (art. 1289 et suivants C.Civ) a lieu automatiquement et de plein droit lorsque les conditions sont remplies (de préférence confirmation par écrit pour éviter des discussions ultérieures):

- Deux dettes réciproques
- Entre les mêmes personnes agissant en même qualité
- Dettes fongibles, liquides et exigibles

Hélène Kislanski

La compensation

2. Compensation conventionnelle ("convention de netting"):

= convention en vertu de laquelle les parties conviennent que leurs créances réciproques seront automatiquement compensées et ce afin de dégager un montant « net » à payer par une partie à l'autre.

- Loi du 15 décembre 2004 sur les sûretés financières (art. 14): *« les conventions de netting peuvent, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable, en cas de procédure d'insolvabilité, de saisie ou de toute situation de concours, être opposées aux créanciers si la créance et la dette à compenser existent lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou de la survenance de la saisie ou d'une situation de concours ».*

- Opposabilité des conventions de netting aux conditions suivantes:
  - Convention conclue avant la faillite
  - La créance et la dettes existent au moment de la faillite
  - Commerçants

Hélène Kislanski

La compensation

Exemple de clause:

5.8 Compensation

L’ENTREPRENEUR a le droit de compenser les montants qu'il doit au SOUS-TRAITANT avec les montants dus par le SOUS-TRAITANT à l’ENTREPRENEUR pour les Travaux ou d'autres travaux que le SOUS-TRAITANT réalise pour l’ENTREPRENEUR, le cas échéant sur d'autres sites. Cette disposition s'applique également en cas de faillite, de liquidation, de cessation d'activité du SOUS-TRAITANT, ou de toute autre résiliation anticipée du contrat au détriment du SOUS-TRAITANT, pour autant que la dette soit certaine, liquide et exigible.

Hélène Kislanski

Le cautionnement

= l'acte par lequel une personne garantit l'exécution d'une dette contractée par une autre, en s'y soumettant elle-même si le débiteur n'y satisfait pas.

Distinction entre le cautionnement de droit commun (art. 2011 et suiv. du Cciv) et le cautionnement à titre gratuit (art. 2043bis et suiv. du Cciv): importante pour la protection du créancier

1) Cautionnement de droit commun:

- Echange de consentement
- Importance de l'écrit (preuve)
- Si le débiteur principal fait faillite, il est possible de faire appel à la caution (idem en cas de PRJ car la caution n'est pas protégée par le sursis)

Hélène Kislanski

Le cautionnement

2) Cautionnement à titre gratuit:

= acte par lequel une personne physique garantit gratuitement une dette principale au profit d'un créancier. La nature gratuite du cautionnement porte sur l'absence de tout avantage économique, tant direct qu'indirect, que la caution peut obtenir grâce au cautionnement

→ Conjoint ≠ gérant d'une entreprise

- Création (art. 2043quinquies C.Civ):
  - Contrat écrit
  - Durée limitée
  - ! Déclarations manuscrites obligatoires : *"en me portant caution de (...) dans la limite de la somme de (...) (en chiffres) couvrant le paiement du principal et en intérêts pour une durée de (...), je m'engage à rembourser au créancier de (...) les sommes sur mes biens et sur mes revenus si, et dans la mesure où (...) n'y satisfait pas lui-même"».*

Hélène Kislanski

Le cautionnement

- Art. 2043sexies, § 2 C.Civ: Nullité de la caution lorsque le montant est manifestement disproportionné par rapport aux facultés de remboursement de la caution

  → vérification de la solvabilité de la caution avant de stipuler la caution

- En cas de faillite, protection spécifique des cautions à titre gratuit : demande de décharge (art. XX.176 CDE)

- Art.XX.156 CDE : « *Tout créancier jouissant d'une sûreté personnelle l'énonce dans sa déclaration de créance ou, au plus tard, dans les trois mois de la date du jugement déclaratif de faillite, sauf si la faillite est clôturée plus tôt, et mentionne les nom, prénom et adresse de la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du failli, faute de quoi cette personne est déchargée* ».

- Conseil : en cas de doute sur le caractère gratuit ou non d'un cautionnement → faites une déclaration.

Hélène Kislanski

Distinction entre saisie-conservatoire et saisie-exécution

Saisie-conservatoire
(art. 1413-1493 C.Civ.)

- Mettre le bien saisi sous la main de la justice pour empêcher le débiteur ou le tiers saisi d'en disposer ou de les déduire au préjudice des droits des créanciers
- Conditions:
  - Autorisation préalable du juge des saisies (sauf si jugement avec titre exécutoire)
  - Créance certaine, liquide et exigible
  - Urgence

Saisie-exécution
(art. 1494 et suiv C.Civ.)

- Faire entrer dans le patrimoine des créanciers la valeur des biens vendus en exécution de la saisie
- Conditions:
  - Titre exécutoire
  - Créance certaine, liquide et exigible
  - Urgence

→ Simplicité et rapidité

Les saisies

La saisie ne crée pas de position privilégiée !

➔ Pas de priorité de paiement au créancier saisissant

➔ La répartition du produit de la vente forcée sur saisie devra évidemment tenir compte du respect des causes légitimes de préférence

Hélène Kislanski

Saisie-arrêt

Saisie-conservatoire ou saisie-exécution: art. 1445 C. Jud.(conservatoire) en art. 1539 C. Jud. (exécution)

= procédure au moyen de laquelle un créancier intercepte des sommes ou effets dus à son débiteur et se trouvant en conséquence encore entre les mains d'un tiers.

- Intervention de 3 personnes (ex: saisie d'un compte bancaire)
- Saisie-arrêt conservatoire: aucune intervention du juge des saisies n'est requise. Elle est possible sur la base d'un titre authentique ou privé → contrôle judiciaire possible par la suite
- Saisie-arrêt exécutoire: sur la base d'un titre exécutoire
- ! Importance de la déclaration du tiers saisi (article 1452 du Code judiciaire) : sanction facultative du juge : le tiers peut être déclaré débiteur envers le saisissant en tout ou en partie des causes de la saisie ainsi que des frais de celle-ci.

Hélène Kislanski

Recouvrement de créances non contestées

- Depuis le 2 juillet 2016 : possibilité de recouvrer les créances incontestées sans l'intervention d'un juge (art. 1394/20 et suivants du Code judiciaire)

- Conditions:
  - Somme certaine et exigible (exclusions)
  - Limitation des intérêts et de la clause pénale (10%)
  - Contexte B2B : numéro BCE (pas les consommateurs)

- Procédure :
  - Sommation de payer
  - Le débiteur a un mois pour réagir (paiement, contestation, plan d'apurement → fin de la procédure)
  - Absence de contestation: 8 jours après le délai d'un mois, l'huissier de justice dresse un "procès-verbal de non-contestation": (i) Le PV est déclaré exécutoire par un magistrat: titre exécutoire

    (ii) L'exécution ne peut être suspendue que si le débiteur introduit une procédure

- Pas possible en cas de faillite ou de réorganisation judiciaire !

Hélène Kislanski

Citation au fond

- But: obtenir un titre exécutoire
- Mise en demeure préalable
- Signification
  - Période de convocation de 8 jours
  - Audience d’introduction (art. 735 C. Jud)
  - Surcharge de certains tribunaux

→ Le jugement n'est souvent pas possible à court terme

→ Incertitude du résultat, des coûts et de la durée

Hélène Kislanski

Déclaration de faillite

- La déclaration de faillite est faite à l'initiative du débiteur ("aveu de faillite") ou sur convocation d'un ou plusieurs créanciers ou du ministère public (art. XX.100 CDE)
- Un créancier peut poursuivre le débiteur en faillite si ce dernier est en état de faillite (c'est-à-dire si les conditions de la faillite sont réunies):
  - Cessation de paiement
  - Ébranlement de crédit
- Citation en faillite et abus de droit

Hélène Kislanski

IV. Période suspecte

Hélène Kislanski

Période suspecte

- La période suspecte commence le jour de la date de la cessation de paiement fixée par le tribunal et finit la veille du jugement déclaratif de faillite (art. XX.105 CDE)

- Le juge peut toutefois déplacer le moment de la cessation de paiement à un moment antérieur s'il apparaît que le failli a cessé de payer plus tôt (max. 6 mois avant le jugement déclaratif de faillite) : période suspecte = période entre la cessation de paiement et le jugement déclaratif de faillite

- Certains actes accomplis par le failli pendant la période suspecte ne sont pas opposables à la masse, c’est-à-dire sont annulables à l’égard de la masse dès lors que les conditions énoncées par les article XX. 111 à XX. 113 du CDE sont remplies

Hélène Kislanski

Période suspecte

- **Art. XX. 111 CDE**: Sont inopposables à la masse, lorsqu'ils ont été effectués par le débiteur depuis le début de la cessation de paiements:

  - Les libéralités
  - Les actes lésionnaires
  - Les paiements pour dettes non échues (quid de la compensation?)
  - Les garanties réelles accordées à posteriori

→ Inopposabilité obligatoire
→ Présomption légale de préjudice pour la masse

Hélène Kislanski

Période suspecte

- **Art. XX. 112 CDE**: tous les autres paiements effectués par le failli pour des dettes échues et tous les actes accomplis par lui à titre onéreux peuvent être déclarés inopposables si ceux qui ont reçu quelque chose du débiteur ou ont agi avec lui avaient **connaissance de la cessation de paiement**

  → Conditions
  → Inopposabilité facultative

Hélène Kislanski

Période suspecte

- **Art. XX. 113 CDE**: les inscriptions ou enregistrements pris postérieurement à l'époque de la cessation de paiement peuvent être déclarés inopposables s'il s'est écoulé plus de 15 jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription.
  - →Nouvelle sûreté sur nouvelle dette
  - →Inopposabilité facultative

- **Art. XX. 114 CDE:** tous actes ou paiements exécutés en violation des droits des créanciers sont inopposables, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu.
  - →Libéralités, actes lésionnaires ou paiements anormaux antérieurs à la période suspecte
  - →Action paulienne

V. Faillite et réorganisation judiciaire

Faillite

- Suspension des saisies et voies d'exécution (art. XX. 120, § 1er et art. XX. 121)

- Déclaration:

  - Pas de déclaration de créance = pas de droit
  - Délai: 30 jours (→ 12 mois pour les créanciers défaillants)
  - Vérification des créances (art. XX. 158)

Hélène Kislanski

Réorganisation judiciaire

- Suspension des saisies et voies d'exécution (art. XX. 50 et XX. 51) et interdiction de citer en faillite

- Possibilité pour le créancier d'établir une sûreté légale ou conventionnelle pendant la procédure en réorganisation judiciaire (art. 51 CDE)
  - Opposable à la masse (>< art. XX. 111, § 3 CDE)
  - Arrêt de la Cour constitutionnelle du 18 février 2016
  - Ne permet pas au créancier de changer de qualité

- Pas de déclaration: liste des créanciers et circularisation des créanciers (art. XX. 49 CDE) → contestation?

Q&A

SCHOUPS

Antwerpen

De Burburestraat 6-8 bus 5
2000 Antwerpen

Brussel

Regentschapsstraat 58 bus 8
1000 Brussel

www.schoups.com
t. +32 3 260 98 60