

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le Covid face au droit de l'insolvabilité

George, Florence; Ouchinsky, Nicholas

Published in:

La pandémie de Covid-19 face au droit

Publication date:

2020

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F & Ouchinsky, N 2020, Le Covid face au droit de l'insolvabilité. dans *La pandémie de Covid-19 face au droit*. Anthemis, Limal, pp. 335-377.

General rights

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

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

Take down policy

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

Le Covid face au droit de l'insolvabilité

Florence GEORGE

Chargée de cours à l'UNamur
Avocate au barreau de Liège

Nicholas OUCHINSKY

Assistant à l'ULB
Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

La présente contribution est consacrée à l'incidence de la crise sanitaire sur le droit des entreprises en difficulté.

Dans un premier temps, nous examinerons l'arrêté royal n° 15 adopté le 24 avril 2020 instaurant un sursis légal au bénéfice des entreprises (section 1). Les différents axes de cet arrêté royal seront développés successivement.

Ensuite, c'est l'après-sursis qui retiendra notre attention et, plus particulièrement, la proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique (section 2).

Enfin, nous étudierons les mécanismes du droit commun pouvant être enclenchés au bénéfice des entreprises en difficulté (section 3). L'occasion nous sera donnée d'évoquer notamment la proposition de réforme du droit des obligations.

Section 1

Les mesures prises pendant la phase de confinement liée au Covid-19 : *focus* sur l'arrêté royal n° 15

1. Constats et objectifs. Parmi les nombreuses mesures mises en place par le gouvernement à la suite de la pandémie de Covid-19¹, on retrouve l'arrêté royal n° 15 (ci-après «A.R. n° 15»)².

¹ Voy. X, *Livre blanc, Droit des affaires et Covid-19*, Bruxelles, Larcier, 2020, disponible à l'adresse www.larcier.com/fr/livre-blanc-droit-des-affaires-et-covid-19.

² Arrêté royal n° 15 du 24 avril 2020 relatif au sursis temporaire en faveur des entreprises des mesures d'exécution et autres mesures pendant la durée de la crise du Covid-19, *M.B.*, 24 avril 2020.

En adoptant cet arrêté, le gouvernement a entendu prendre une mesure forte en octroyant un sursis légal généralisé aux entreprises affectées par les conséquences de l'épidémie ou la pandémie de Covid-19³.

Les constats qui ont présidé à l'adoption du texte sont reproduits dans le rapport au Roi.

Primo, les mesures existantes étaient insuffisantes pour un certain nombre d'entreprises.

Secundo, un recours massif à la procédure de réorganisation judiciaire⁴ par les entreprises impactées par la crise du Covid-19 aurait entraîné une surcharge de nos cours et tribunaux.

Tertio, dans la mesure où la PRJ ne vise pas les dettes futures, il était impensable de l'envisager comme une solution aux problèmes de trésorerie rencontrés par les entreprises.

Partant, « Il a été opté pour une mesure légale qui est applicable de manière générale aux entreprises au sens du livre XX du CDE qui sont affectées par les conséquences de l'épidémie ou la pandémie de Covid-19 »⁵.

La mesure entendait donc répondre à plusieurs objectifs jugés cruciaux.

Tout d'abord, il convenait de lancer un message clair au monde des affaires. L'idée est d'annoncer un véritable « cessez-le-feu » et une période de répit.

Ensuite, le caractère automatique permettait de renforcer l'efficacité de la mesure en termes de coûts et de temps. Aucun contrôle ne devait être opéré par l'administration quant au bénéfice de la mesure.

L'arrêté royal prétendait également créer des conditions de concurrence équitables avec les entreprises étrangères qui adoptent le même type de mesure. De même, un traitement égalitaire des entreprises était souhaité, raison de l'absence de barrière à l'entrée.

Le gouvernement évitait, par la même occasion, une modification à la hâte d'une matière aussi sensible que le droit de l'insolvabilité. L'arrêté royal n° 15 ne modifiait donc qu'à la marge la matière de la faillite et de la PRJ, et ce, de manière très temporaire.

Enfin, le gouvernement entendait maintenir intact le principe de proportionnalité.

Cette idée d'un moratoire généralisé s'est inspirée des conclusions émises par le CERIL (*The Conference of European Restructuring and Insolvency Law*), dès le 20 mars 2020, en vue de faire face à la crise du Covid-19⁶.

³ Rapport au Roi.

⁴ Ci-après « PRJ ».

⁵ Rapport au Roi.

⁶ « Ceril Executive Statement 2020-1 on Covid and insolvency legislation », www.ceril.eu.

2. Entrée en vigueur et durée. L'A.R. est entré en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge*, soit le 24 avril 2020. Les effets du sursis ont été fixés jusqu'au 17 mai inclus avant d'être prolongés jusqu'au 17 juin⁷.

Toutes ces conséquences furent temporaires et se sont terminées dès l'expiration de la période visée⁸.

3. Champ d'application⁹. L'A.R. n° 15 s'est appliqué, suivant son article 1^{er}, alinéa 1^{er}, à : « Toutes les entreprises relevant du champ d'application du livre XX du Code de droit économique dont la continuité est menacée par l'épidémie ou la pandémie de Covid-19 et ses suites et qui n'étaient pas en état de cessation de paiement à la date du 18 mars 2020 ».

Pour en bénéficier, il fallait par conséquent¹⁰ :

- 1° être une entreprise au sens de l'article I.1, 1^o, du Code de droit économique¹¹ ;
- 2° démontrer que la continuité de l'entreprise est menacée par l'épidémie ou la pandémie de Covid-19 et ses suites.

Comme le souligne le rapport au Roi, le régime de protection ne s'appliquait pas :

- « aux entreprises qui ont déjà été déclarées en faillite le jour de l'entrée en vigueur du présent arrêté » ;
- aux « entreprises qui étaient déjà en cessation de paiement le 18 mars 2020 ».

4. Mesures de protection. L'A.R. n° 15 a mis en place en faveur des entreprises visées par l'A.R. un « moratoire temporaire durant lequel toute entreprise débitrice est en principe protégée contre les saisies conservatoires et exécutoires et toute déclaration en faillite (ou dissolution judiciaire) »¹².

Ce sursis temporaire préservait les entreprises bénéficiaires du régime au niveau de quatre axes.

⁷ Arrêté royal du 13 mai 2020, *M.B.*, 13 mai 2020.

⁸ Commentaire de l'article 4 de l'A.R. n° 15.

⁹ Voy. sur le champ d'application du livre XX du CDE, W. DERIJCKE, « Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 9 à 30 ; Z. PLETINCKX, « Le champ d'application des procédures », in A. DESPONTIN (coord.), *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) : une révolution ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 13-40 ; N. OUCHINSKY, « L'insolvabilité des dirigeants d'entreprises », *Droit du financement de l'économie (D.F.E.)*, 2020/05, pp. 3-38.

¹⁰ Voy. pour le développement approfondi des ces conditions, Fl. GEORGE et N. OUCHINSKY, « Le sursis temporaire légal en faveur des entreprises. Commentaires de l'arrêté royal n° 15 du 24 avril 2020 », *B.J.S.*, mai 2020, n° spécial 648-649, pp. 2-3.

¹¹ Ci-après « CDE ».

¹² Rapport au Roi.

5. Premier axe : les saisies et mesures d'exécution. Suivant l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, premier tiret, de l'A.R. n° 15, « aucune saisie conservatoire ou exécutoire ne peut être pratiquée et aucune voie d'exécution ne peut être poursuivie ou exécutée sur les biens de l'entreprise, pour toutes les dettes de l'entreprise y compris les dettes reprises dans un plan de réorganisation tel que prévu à l'article XX.82 du même Code homologué avant ou après l'entrée en vigueur ».

Le sursis temporaire protégeait, par conséquent, les entreprises contre les *saisies mobilières et les saisies-arrêts conservatoires, les saisies mobilières et les saisies-arrêts exécutions et la poursuite des voies d'exécution*¹³.

À l'instar de ce qui est prévu dans les règles qui régissent la procédure de réorganisation judiciaire, le sursis temporaire faisait également obstacle aux actions en revendication fondées sur une clause de réserve de propriété¹⁴.

Le sursis légal concernait « toutes les dettes, qu'elles soient “anciennes” ou “nouvelles”, c'est-à-dire que la date à laquelle la dette est née ou est exigible n'a pas d'importance », tandis que la protection s'étendait tant sur le montant principal que sur les montants accessoires des dettes, tels que les intérêts.

Le sursis temporaire ne s'appliquait toutefois pas aux saisies immobilières¹⁵ conservatoires et aux saisies-exécutions immobilières.

Cette exclusion des saisies immobilières de la protection du sursis temporaire n'était pas cohérente, dès lors que, comme le souligne la section de législation du Conseil d'État, « [s]i de telles saisies n'ont pas d'effets immédiats sur la continuité de l'entreprise, il n'en reste pas moins qu'elles sont de nature à exercer une pression sur celle-ci, à générer des charges administratives supplémentaires et à entraver la possibilité d'éventuellement y échapper par la mise en œuvre d'un plan d'apurement ou d'un règlement amiable ».

Les saisies conservatoires sur les navires et bateaux¹⁶ ont également été exclues du régime de protection sans aucune autre explication.

Il en va de même des hypothèques légales. Le choix de ne pas protéger les entreprises contre les hypothèques légales a probablement été guidé par le même intérêt supérieur de l'État que celui qui a amené ce dernier à s'arroger, à l'article XX.51, § 1^{er}, du CDE, le droit de s'aménager des hypothèques légales en garantie de ses créances sursitaires, nonobstant la position de la Cour constitutionnelle à ce sujet¹⁷.

¹³ Voy. sur cette notion, Fl. GEORGE et N. OUCHINSKY, « Le sursis temporaire légal en faveur des entreprises. Commentaires de l'arrêté royal n° 15 du 24 avril 2020 », *op. cit.*, p. 4.

¹⁴ N. OUCHINSKY, « Analyse des nouveaux moyens d'action des créanciers dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire – Questions choisies », in *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 90-91, n° 57.

¹⁵ Voy. art. 1^{er}, al. 1^{er}, premier tiret, de l'A.R. n° 15.

¹⁶ Voy. art. 1^{er}, al. 1^{er}, premier tiret, *in fine* de l'A.R. n° 15.

¹⁷ C.C., arrêt n° 23/2016 du 18 février 2016, www.const-court.be.

Enfin, le sursis n'affectait pas la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers¹⁸.

En application des dispositions de cette loi, les créanciers des entreprises en difficulté en raison de la crise du Covid-19 restaient, fort curieusement, admis à réaliser, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable¹⁹ :

- un gage sur instrument financier ;
- un gage sur espèces ;
- un gage sur créances bancaires²⁰ ;
- un instrument financier, des espèces ou des créances bancaires cédés à titre de garantie.

Toute clause de compensation régie par les articles 14 et 15 de la loi sur les faillites pouvait également être mise en œuvre nonobstant le sursis temporaire, sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable.

6. Deuxième axe : faillite, dissolution judiciaire et transfert forcé d'activité. Suivant l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième tiret, de l'A.R. n° 15 : « L'entreprise ne peut être déclarée en faillite sur citation, ou s'il s'agit d'une personne morale, ne peut être dissoute judiciairement, sauf sur initiative du ministère public ou de l'administrateur provisoire qui a été désigné par le président du tribunal de l'entreprise tel que prévu à l'article XX.32 du même Code, ou sur consentement du débiteur ; le transfert sous autorité de justice de tout ou partie de ses activités ne peut pas non plus être ordonné sur base de l'article XX.84, § 2, 1^o, du même Code ».

Le sursis temporaire protégeait, par conséquent, les entreprises contre :

- la faillite ;
- la dissolution judiciaire²¹ ;

¹⁸ Art. 1^{er}, al. 4, de l'A.R. n° 15.

¹⁹ Art. 8, 9 et 9/1 de la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 1^{er} février 2015.

²⁰ Notons l'impact de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 10 novembre 2016 (C.J.U.E., 10 novembre 2016, *Private Equity Insurance Group*, C-156/15, R.D.C., 2108, p. 647) qui considère que : « La directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juin 2002, concernant les contrats de garantie financière, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne confère au preneur d'une garantie financière telle que celle en cause au principal, selon laquelle les fonds déposés sur un compte bancaire sont donnés en nantissement à la banque pour garantir toutes les créances de celle-ci contre le titulaire du compte, le droit d'exécuter cette garantie indépendamment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard du constituant que si, d'une part, les fonds faisant l'objet de ladite garantie ont été versés sur le compte en question avant l'ouverture de cette procédure ou si ces fonds y ont été versés à la date de cette ouverture, la banque ayant prouvé qu'elle ignorait que ladite procédure avait été ouverte ou qu'elle ne pouvait raisonnablement le savoir, et si, d'autre part, le titulaire dudit compte était empêché de disposer desdits fonds après leur versement sur ce même compte ».

²¹ Les auteurs de l'A.R. n° 15 n'ont pas suivi la suggestion du Conseil d'État de ne protéger les entreprises que contre la dissolution judiciaire prévue par l'article 7:229 du CSA pour les sociétés anonymes, en raison de

- un transfert forcé d'activité dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire²².

Cette protection n'était pas applicable :

- si la faillite ou la dissolution judiciaire était introduite sur initiative du ministère public ou de l'administrateur provisoire désigné par le président du tribunal de l'entreprise sur pied de l'article XX.32 du CDE ;
- si l'entreprise acquiesçait à une citation en faillite ou faisait aveu de faillite.

L'article 2 de l'A.R. n° 15 prévoyait également que : « L'obligation visée à l'article XX.102 du même Code pour le débiteur de faire aveu de faillite est suspendue pendant la durée du sursis visé à l'article 1^{er} du présent arrêté, *si les conditions de la faillite sont la conséquence de l'épidémie ou la pandémie de Covid-19 et ses suites*²³. Cette disposition ne dérogeait pas à la possibilité pour le débiteur de faire aveu de faillite ». Aucune sanction pénale n'était, dans ce cas, applicable²⁴.

7. Troisième axe : l'incidence sur les procédures de réorganisation judiciaire en cours. Les entreprises ayant obtenu l'homologation d'un plan de réorganisation judiciaire avant ou pendant la période du sursis temporaire bénéficiaient automatiquement d'une prolongation automatique des délais de paiement prévus dans le plan à concurrence de la durée du sursis temporaire.

Cette prolongation des délais d'exécution des plans devait se répercuter sur la durée maximale prévue pour l'exécution des plans de réorganisation judiciaire, à savoir :

- pour les créanciers sursitaires ordinaires : cinq ans à dater de l'homologation du plan²⁵ ;
- pour les créanciers sursitaires extraordinaires²⁶ : deux ans à dater de l'homologation du plan²⁷.

la réduction de l'actif de la société en dessous d'un certain montant. Ce choix est justifié par le fait qu'ils « ont prévu la même règle que celle dans la réorganisation judiciaire (article XX.50 CDE). En outre, l'on ne doit pas faire une distinction dans la législation d'urgence si le droit de l'insolvabilité ne le fait pas lui-même ».

²² Il s'agit de l'une des rares suggestions du Conseil d'État dont les auteurs de l'A.R. n° 15 ont tenu compte, en prévoyant de protéger les entreprises contre la possibilité prévue à l'article XX.84, § 2, du CDE pour le procureur du Roi, les créanciers ou toute personne intéressée de citer une entreprise en état de faillite en transfert forcé de tout ou partie de son activité dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire.

²³ Nous soulignons.

²⁴ L'article 489bis, 4^o, du Code pénal sanctionne, en effet, l'omission de faire l'aveu de la faillite dans le délai d'un mois à dater de la cessation des paiements prescrit par l'article XX.102 du CDE.

²⁵ Art. XX.76 CDE.

²⁶ C'est-à-dire les créanciers-propriétaires et les créanciers nantis d'une sûreté réelle.

²⁷ Art. XX.74 CDE.

8. Quatrième axe : les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'A.R. n° 15. Le droit de résolution du créancier, qu'il soit judiciaire ou unilatéral, fut encore neutralisé. L'objectif était d'assurer la continuité des contrats en cours.

Plusieurs conditions devaient toutefois être réunies :

- 1° le contrat devait avoir été conclu avant l'entrée en vigueur de l'A.R. n° 15 ;
- 2° le manquement visé par l'arrêté se limitait au non-paiement de « dettes d'argent » exigibles ;
- 3° l'interdiction ne visait que la résolution judiciaire et unilatérale ;
- 4° il ne pouvait s'agir d'un contrat de travail.

9. Sort des conjoints, des cohabitants et des sûretés personnelles. Le sursis n'a pas été étendu aux conjoints, aux ex-conjoints, aux cohabitants légaux dont la déclaration de cohabitation légale a été faite plus de six mois précédant l'entrée en vigueur de l'A.R. n° 15 et aux ex-cohabitants légaux qui sont personnellement coobligés aux dettes contractuelles de l'entreprise, en lien avec l'activité professionnelle de celle-ci, ainsi qu'aux sûretés personnelles constituées à titre gratuit.

Ce n'est finalement que si le constituant des sûretés en question était lui-même une entreprise qu'il bénéficiait de la protection envisagée par l'arrêté s'il en remplissait les conditions.

Le sort des conjoints et ex-conjoints coobligés aux dettes contractuelles de l'entreprise nous a laissés dubitatifs.

D'une part, maintenir la possibilité pour les créanciers d'agir contre le patrimoine du conjoint coobligé de l'entrepreneur en difficulté constituait, en effet, un moyen indirect de s'en prendre au patrimoine de l'entrepreneur protégé.

D'autre part, les seules protections offertes aux sûretés personnelles à titre gratuit étaient inutiles. La décharge ainsi que la suspension des mesures d'exécution à l'encontre de la sûreté à titre gratuit n'interviennent en effet que dans le cadre d'une procédure de faillite ou de réorganisation judiciaire, procédures qu'il était justement question d'éviter. Quant aux articles 2043*bis* et suivants du Code civil, ils traitent des conditions de validité du contrat et non d'une possibilité de suspension des mesures d'exécution. On imagine dès lors très mal une entreprise se prévaloir du sursis en sachant qu'elle expose, par voie de conséquence, un parent ou grand-parent à des mesures d'exécution.

10. Recours possibles contre la protection du sursis temporaire. L'A.R. n° 15 a prévu une possibilité de recours, en faveur de toute partie ayant un intérêt, de faire constater qu'une entreprise n'entre pas dans le champ d'application du sursis temporaire ou d'en obtenir la levée totale ou partielle²⁸.

²⁸ Voy. pour une illustration, Trib. entr. Liège, 2 juin 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1281.

Le recours était ouvert à « toute partie intéressée », c'est-à-dire un créancier, un cocontractant, un travailleur ou encore un concurrent. Ce recours n'était, par contre, pas ouvert au ministère public qui n'entre pas, en principe, dans la définition d'« intéressé »²⁹.

Il ressortait de la compétence du président du tribunal de l'entreprise statuant comme en référé.

11. Mesures prises en faveur de l'octroi de nouveaux crédits pour aider les entreprises en difficulté à cause de la crise du Covid-19. Un incitant en faveur de l'octroi de crédits aux entreprises en difficulté à cause du Covid-19 a été instauré.

L'opposabilité aux tiers des nouveaux crédits accordés aux entreprises victimes de la crise du Covid-19 a été garantie par l'A.R. n° 15³⁰. L'article XX.112 du CDE, qui prévoit l'inopposabilité des « autres paiements faits par le débiteur pour dettes échues, et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif », fut expressément paralysé³¹.

Par ailleurs, l'A.R. n° 15 a également limité la responsabilité des dispensateurs de crédit, en précisant, à l'alinéa 2 de son article 3, que :

« La responsabilité des dispensateurs de nouveaux crédits visés à l'alinéa 1^{er} ne peut être poursuivie pour la seule raison que le nouveau crédit n'a pas effectivement permis de préserver la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités du débiteur ».

On a regretté cette demi-mesure adoptée par le gouvernement, qui encourageait l'octroi de nouveaux crédits, par hypothèse potentiellement plus risqués et coûteux, tout en n'envisageant pas de favoriser les hypothèses de renégociation de crédit, pourtant très fréquentes dans les procédures de réorganisation judiciaire.

12. Avis critique. L'A.R. n° 15 ne fut malheureusement pas la panacée. L'entreprise dont la continuité était menacée par la crise du Covid-19 devait en effet faire peser dans la balance :

- d'un côté, le besoin et l'importance d'une certaine réserve de trésorerie et, de l'autre, l'obligation d'exécuter ses engagements ;

²⁹ Dans son avis, le Conseil d'État avait suggéré, dans un souci de sécurité juridique, que les auteurs de l'arrêt précisent « si la notion de "parties intéressées" inclut le ministère public », mais ceux-ci ont choisi de ne pas répondre à cette question. Philippe Jehasse souligne, à cet égard, que « le législateur n'assimile pas le Parquet à un "tiers intéressé" ; il suffit de se reporter au libellé des articles 182, 667 et 868 du Code des sociétés qui opèrent clairement la distinction » (Ph. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, p. 129, n° 192).

³⁰ L'article 3, alinéa 1^{er}, prévoit que : « Les articles 1328 du Code civil et XX.112 du Code de droit économique ne sont applicables ni aux nouveaux crédits accordés pendant la durée du sursis aux entreprises visées à l'article 1^{er} du présent arrêté ni aux sûretés établies ou autres actes accomplis en exécution de ces nouveaux crédits ».

³¹ Par contre, les articles XX.111 et XX. 114 demeurent applicables.

- d'un côté, le souhait de faire appel au sursis légal mais, de l'autre, les inconvénients qu'emportait une telle mesure, à savoir notamment :
 - les sanctions de droit commun autres que la résolution qui pouvaient être mises en œuvre ;
 - le risque d'une saisie immobilière ;
 - la possibilité pour l'établissement de crédit de faire exécuter un gage ou de compenser les soldes des différents comptes ;
 - l'impact d'une clause pénale ou des intérêts prévus contractuellement ;
 - l'action du créancier contre l'éventuelle sûreté personnelle à titre gratuit ;
 - ...

Section 2

L'après-sursis légal

13. Contextualisation. L'après « sursis » n'a été que très peu – voire pas du tout – évoqué par le gouvernement.

Tout au plus a-t-on pu lire que « [J]e cessez-le-feu devrait leur [à savoir les entreprises] donner le temps et la tranquillité nécessaires à la recherche de solutions (par exemple, des accords de paiement, un nouveau crédit, une procédure de réorganisation judiciaire) »³².

Il est évidemment regrettable que le gouvernement n'ait pas jugé utile d'anticiper la période post sursis.

Bien que des mesures fortes soient indispensables sur une période temporaire et de courte durée³³ afin de préserver la continuité des entreprises et de ne pas affecter la trésorerie d'une majorité d'entre elles, celles-ci devaient s'accompagner, dans un second temps, de mesures plus modérées.

L'absence de transition claire et le fossé créé entre l'avant et l'après-sursis se révèlent actuellement problématiques et source d'insécurité juridique.

Il suffit de songer, par exemple, à l'impact des clauses pénales, des intérêts moratoires légaux ou conventionnels, des clauses d'exigibilité immédiate...

Sachant que l'obtention d'un titre exécutoire ne fut pas suspendue par l'A.R. n° 15, on pouvait craindre que certains créanciers ne soient aux abois dès la fin du sursis.

³² Rapport au Roi de l'A.R. n° 15.

³³ Voy. note à l'attention du Conseil consultatif de la magistrature sur le projet d'arrêté royal adoptant un sursis légal et d'autres mesures en faveur des entreprises pendant la durée de la crise du Covid-19 rédigée par Alexia Autenne, Roman Aydogdu, Florence George, Frédéric Georges, Nicholas Ouchinsky et Didier Van Caillie.

La trésorerie des entreprises ne peut, par ailleurs, éponger l'ensemble des dettes «gelées» au cours du sursis, d'autant que la situation demeure incertaine.

Le Conseil d'État avait, pourtant, posé la question «de savoir si les auteurs du projet ne devraient pas envisager une période “tampon” – dans une mesure justifiée et raisonnable au regard de l'objectif poursuivi – à l'expiration de la durée d'application du projet de nature à permettre aux entreprises de reprendre leurs activités sans être immédiatement assaillies par leurs débiteurs et d'éviter, par la même occasion, un engorgement des tribunaux en raison des demandes de réorganisation judiciaire, voire de faillites qui devraient être introduites».

Il n'y a malheureusement pas été répondu.

À l'heure actuelle, on dénombre plusieurs initiatives privées et publiques, auxquelles nous consacrons les développements qui suivent (§ 1), avant d'envisager d'autres pistes de solution (§ 2).

§ 1. Propositions à l'examen

14. Les initiatives privées belges. Le besoin urgent de modifier notre droit de l'insolvabilité s'est fait rapidement ressentir. Plusieurs initiatives privées ont dès lors vu le jour.

Tandis que certains ont vu dans la crise l'occasion rêvée d'une refonte, ou à tout le moins de modifications substantielles du livre XX, d'autres ont fait montre de réticence en préférant éviter de céder à la précipitation.

Parmi ces derniers, le réseau CAP³⁴ a préconisé, dès la fin mars 2020 et au-delà de la période de sursis fixée par le gouvernement, des mesures ciblées et limitées telles que :

- la suspension de l'obligation de faire faillite (art. XX.102 CDE) pour une période de six mois et jusqu'au 30 septembre au minimum ;
- l'allègement des formalités pour l'introduction d'une PRJ (art. XX.41 CDE) et notamment l'insertion d'une disposition permettant l'ouverture de la procédure nonobstant l'absence d'une ou plusieurs pièces visées par la loi à charge pour le débiteur de la déposer à une date ultérieure à fixer au cas par cas par le tribunal ;
- la souplesse quant à l'exécution ponctuelle des plans de réorganisation en cours pour une période de six mois (modification de l'art. XX.83 CDE) ;
- l'instauration d'un privilège spécial en faveur des professionnels du chiffre et des avocats sollicités pour accompagner les entreprises en difficulté ;
- l'extension du champ d'application du moratoire aux entreprises ayant déjà introduit une procédure de réorganisation judiciaire.

³⁴ Réactions du réseau CAP des 26 et 27 mars 2020.

15. La proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique³⁵. Le 10 juin 2020, deux députés ont déposé une proposition de loi tendant à apporter «un certain nombre d'aménagements et d'améliorations» au livre XX du CDE «afin d'en faciliter l'accès tout spécialement aux petites et moyennes entreprises»³⁶.

Cette initiative s'inscrit dans la lignée de l'A.R. n° 15, afin d'adapter «les dispositions relatives aux procédures de réorganisation judiciaire aux besoins de la crise économique engendrée par la pandémie du Covid-19»³⁷.

Les principales innovations de cette proposition de loi, qui fait très largement écho aux mesures préconisées par le réseau CAP au mois de mars 2020, sont :

- la prolongation de la durée d'examen des dossiers par les chambres des entreprises en difficulté ;
- la consécration d'une nouvelle procédure collective de restructuration ;
- l'allègement des conditions d'accès à la PRJ ;
- le renforcement de la PRJ par accord amiable ;
- la consécration de la possibilité d'un vote électronique sur les plans de réorganisation judiciaire.

16. Première innovation : la prolongation de la durée d'examen des dossiers par les chambres des entreprises en difficulté. Pour rappel, les chambres des entreprises en difficulté, instituées au sein de chaque tribunal de l'entreprise en vertu de l'article 84, alinéa 3, du Code judiciaire, sont chargées de suivre la situation des entreprises en difficulté en vue de préserver la continuité de leurs activités et d'assurer la protection des droits des créanciers³⁸.

Elles peuvent procéder elles-mêmes à l'examen de la situation des entreprises en difficulté ou le confier à un juge rapporteur³⁹.

Lorsqu'il ressort de l'examen de la situation de l'entreprise que celle-ci paraît remplir les conditions d'une faillite, la chambre des entreprises en difficulté peut communiquer le dossier au parquet pour citation en faillite⁴⁰ ou au président du tribunal afin que celui-ci statue sur l'opportunité de désigner d'office un administrateur provisoire sur pied de l'article XX.32 du CDE⁴¹. La chambre des entreprises en difficulté peut également communiquer le dossier au tribunal de l'entreprise lorsqu'il s'agit d'une personne morale qui réunit les conditions d'une dissolution judiciaire⁴².

³⁵ Ci-après la « Proposition de loi ».

³⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/001, p. 3.

³⁷ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/001, p. 1.

³⁸ Art. XX.25, § 1^{er}, CDE.

³⁹ Art. XX.25, § 2, al. 2, CDE.

⁴⁰ Art. XX.29, § 1^{er}, CDE.

⁴¹ Art. XX.29, § 2, al. 1^{er}, CDE.

⁴² Art. XX.29, § 2, al. 2, CDE.

Lorsque la chambre des entreprises en difficulté a désigné un juge rapporteur, l'examen de la situation de l'entreprise en difficulté est limité à un délai de quatre mois à dater de sa désignation, ce délai étant prorogeable pour une durée ne pouvant excéder quatre mois⁴³. Si l'examen est effectué par la chambre elle-même, cet examen ne peut excéder une durée de huit mois⁴⁴.

La proposition de loi prévoit, en son article 3, une extension des délais pour l'examen des dossiers d'entreprises en difficulté. Elle allonge de quatre à huit mois le délai accordé au juge rapporteur pour achever son examen, avec la possibilité pour la chambre des entreprises en difficulté de prolonger ce délai sans limite temporelle. Elle supprime également le délai de huit mois imposé à la chambre des entreprises en difficulté pour terminer son examen lorsqu'elle l'effectue elle-même.

Cette suppression des délais d'examen des dossiers au sein des chambres des entreprises en difficulté est justifiée, dans l'exposé des motifs, en ces termes :

«L'extension du délai correspond à un besoin mis en lumière par la pratique. En pratique, le délai de quatre mois est presque toujours trop court, de sorte que la chambre des entreprises en difficulté prolonge le délai quasiment systématiquement de quatre mois. Donner au juge rapporteur un délai de huit mois (avec la possibilité de terminer son examen plus tôt et la possibilité de le prolonger encore si la chambre des entreprises en difficulté l'estime nécessaire) permettra plus de flexibilité»⁴⁵.

Cette proposition et sa justification nous laissent perplexes.

Les travaux préparatoires du livre XX du CDE justifient, en effet, l'imposition de délais maximums pour le suivi de la situation d'une entreprise en difficulté «pour inciter le juge rapporteur ou, le cas échéant, la chambre à ne pas hésiter inutilement longtemps sur la voie à suivre. Un tel examen pèse par ailleurs également sur l'entreprise qui doit mettre à disposition les moyens nécessaires à cet effet»⁴⁶.

La doctrine considère, en effet, que les tribunaux n'ont pas vocation à s'immiscer dans la politique économique de la société, en la mettant sous la tutelle du tribunal⁴⁷. Prolonger de manière indéfinie le délai pendant lequel une entreprise devrait rendre des comptes à la chambre des entreprises en difficulté est, à notre estime, disproportionné.

⁴³ Art. XX.28, al. 1^{er}, CDE.

⁴⁴ Art. XX.28, al. 2, CDE.

⁴⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/001, pp. 3-4.

⁴⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 46.

⁴⁷ E. POTTIER et M. DE ROECK, «L'administration provisoire: bilan et perspectives», *R.D.C.*, 1997, p. 235 et références citées à la note de bas de page n° 240; O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 244, n° 465.

Quant à l'argument du « besoin mis en lumière par la pratique », celui-ci ne nous convainc pas.

La limitation dans le temps de l'examen de l'évolution de la situation de l'entreprise en difficulté a, au contraire, un réel intérêt qui se vérifie dans la pratique : soit l'entreprise collabore, dans un délai raisonnable, avec la chambre des entreprises en difficulté et prend, le cas échéant, les mesures destinées à préserver sa continuité, soit elle ne le fait pas et le tribunal en tire les conséquences.

C'est, à cet égard et à juste titre, que le Conseil d'État relève, dans son avis sur la proposition de loi, que : « Cette absence de délai maximal pour les examens doit pouvoir être justifiée, spécialement quant à la proportionnalité de pareil dispositif, eu égard à l'objectif poursuivi de permettre au débiteur une sortie de crise rapide après que sa situation ait été éclaircie, compte tenu aussi des droits des créanciers »⁴⁸.

17. Deuxième innovation : la consécration d'une nouvelle procédure collective de restructuration. Il s'agit là de la plus importante innovation de la proposition de loi, qui répond aux prescriptions de la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité)⁴⁹, qui doit être transposée au sein des États membres au plus tard le 17 juillet 2021⁵⁰.

Suivant l'article 4, § 1^{er}, de la directive (UE) 2019/1023 sur les cadres de restructuration préventifs :

« Les États membres veillent à ce que, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les débiteurs aient accès à un cadre de restructuration préventive leur permettant de se restructurer, en vue de prévenir l'insolvabilité et d'assurer leur viabilité, sans préjudice d'autres solutions visant à éviter l'insolvabilité, et de protéger ainsi les emplois et de maintenir l'activité économique ».

Le processus mis en place à l'article 5 de la proposition de loi tend à compléter l'arsenal des mesures provisoires prévues aux articles XX.30 à XX.35 du CDE⁵¹, en y insérant un article XX.35/1 offrant aux entreprises en difficulté la possibilité de saisir le président du tribunal de l'entreprise d'une demande de termes et délais. Son objectif est, suivant l'exposé des motifs, « que le débiteur,

⁴⁸ Avis n° 67.623/2 de la section législation du Conseil d'État du 8 juillet 2020 sur une proposition de loi modifiant le livre XX du Code de droit économique, www.raadvst-consetat.be; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 1337/002, p. 5.

⁴⁹ Ci-après la « directive n° 2019/1023 sur les cadres de restructuration préventifs ».

⁵⁰ Art. 34 de la directive n° 2019/1023 sur les cadres de restructuration préventifs.

⁵¹ La nature particulière de la procédure de restructuration proposée aurait davantage vocation à compléter les articles XX.36 à XX.38 du titre IV « Médiateur d'entreprise et accord amiable ».

sous le contrôle du tribunal et, si nécessaire, avec l'aide d'un médiateur d'entreprise, bénéficie de facilités provisoires. L'obligation de payer, c'est-à-dire de satisfaire à ses engagements, reste entière mais est suspendue sans qu'une sanction ne puisse être infligée»⁵².

L'exposé des motifs précise, à cet égard, que «ce système ne doit pas être confondu avec les délais de faveur du Code civil (article 1244). Il s'agit ici d'une forme de procédure collective et non d'une action individuelle»⁵³. Cette procédure s'apparente à la procédure française de la conciliation, consacrée aux articles L611-4 à L611-16 du Code de commerce français.

La procédure envisagée par la proposition de loi mériterait de bénéficier d'une dénomination propre et d'une uniformité dans les termes utilisés pour la désigner. Le Conseil d'État relève, en ce sens, que «par souci de sécurité juridique, les auteurs de la proposition veilleront à uniformiser la terminologie utilisée au sein de l'article XX.35/1 proposé. Tel que rédigé, il est en effet fait référence à “des termes et/ou délais”, à des “facilités”, à des “facilités de paiement”, à un “délai de grâce”, à “la période des suspensions” ou encore au “sursis”»⁵⁴.

La demande est introduite par requête contradictoire déposée dans le registre de la solvabilité et est instruite selon les formes du référé⁵⁵. Elle est ensuite notifiée par le greffe aux créanciers visés par la requête. La requête doit, suivant l'article XX.35/1, § 2, en projet :

- mentionner l'adresse à laquelle le débiteur peut être contacté tant que dure les facilités qui lui sont accordées et à partir de laquelle il peut accuser réception des communications ;
- préciser les noms ou dénominations et adresses des créanciers à l'égard desquels il sollicite des termes et délais ;
- être accompagnée d'un plan de remboursement.

L'avis du Conseil d'État relève qu'«[i]nterrogé à cet égard, le mandataire du Président de la Chambre des représentants a précisé que les documents visés à l'article XX.35/1, § 2, alinéas 2 à 4, proposé devaient être joints à la requête “sous peine d'irrecevabilité”». Comme le souligne le Conseil d'État, il nous paraît opportun de «compléter le dispositif en ce sens»⁵⁶. Les auteurs de la proposition ont, en outre, manifestement oublié une mention essentielle, à savoir la démonstration par l'entreprise d'un risque de discontinuité.

La demande peut émaner de l'entreprise ou du mandataire de justice désigné en vertu de l'article XX.30 du CDE⁵⁷. La référence au mandataire de justice de

⁵² *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/001, p. 4.

⁵³ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/001, p. 4.

⁵⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/002, p. 8.

⁵⁵ Art. XX/35/1, § 3, CDE proposé.

⁵⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/002, p. 8.

⁵⁷ Art. XX.35/1, § 1^{er}, al. 1^{er}, CDE proposé.

l'article XX.30 du CDE tient au fait que la proposition de loi tend à valoriser davantage le rôle de ce praticien de l'insolvabilité. L'article 4 de la proposition de loi prévoit une modification de l'article XX.30 du CDE en ouvrant la possibilité pour le débiteur d'en solliciter la désignation « [l]orsque des circonstances ou des événements exceptionnels mettent ou sont susceptibles de mettre en péril tout ou partie du bon fonctionnement des activités économiques du débiteur »⁵⁸. L'exposé des motifs précise que « [d]ans des circonstances économiques difficiles, cette assistance peut certainement être utile et il n'est pas nécessaire de fournir des preuves de lacunes évidentes dans la gestion. La désignation d'un mandataire de justice est également de nature à inspirer confiance aux créanciers »⁵⁹. On notera que l'article 5, § 2, alinéa 1^{er}, de la proposition de loi comporte une incohérence, en ce qu'il indique que la requête est établie « par le débiteur ou par son avocat », sans faire référence au mandataire de justice de l'article XX.30 du CDE. Dans son avis, le Conseil d'État invite, à juste titre, les auteurs de la proposition à « assurer la cohérence du dispositif à cet égard »⁶⁰.

Lorsqu'il statue sur la demande de termes et délais, le président du tribunal :

- détermine les facilités accordées à l'entreprise en difficulté ;
- fixe les conditions auxquelles celles-ci sont, le cas échéant, subordonnées ;
- peut faire surseoir à l'exécution de dettes constatées par un titre⁶¹.

La proposition de loi prévoit que le président du tribunal peut désigner un médiateur d'entreprise chargé « d'assister le débiteur dans le respect des engagements pris et dans la restructuration éventuelle de l'entreprise »⁶². Cette possibilité s'apparente à celle prévue dans la procédure française de la conciliation qui prévoit que : « Lorsque le président du tribunal constate l'accord ou que le tribunal homologue celui-ci, il peut, à la demande du débiteur, désigner le conciliateur en tant que mandataire à l'exécution de l'accord pendant la durée de cette exécution »⁶³. S'il est judicieux d'envisager un suivi de la bonne exécution des termes et délais accordés par le président du tribunal, le choix du médiateur d'entreprise pour assumer ce rôle est inapproprié. En effet, comme le souligne le Conseil d'État dans son avis, « vu le caractère volontaire et consensuel par nature de la médiation d'entreprise, la section de légis-

⁵⁸ Art. 4 de la proposition de loi.

⁵⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/001, p. 4.

⁶⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/002, p. 7.

⁶¹ Le texte de l'article XX.35/1, § 1^{er}, du CDE proposé indique que le président du tribunal peut « faire surseoir aux poursuites, même si la dette est constatée par un acte authentique ou un jugement, aussi longtemps que durent les délais ». La référence à des « poursuites » est imprécise, celles-ci pouvant désigner tant l'obtention d'un titre que son exécution. On s'interroge, en outre, sur la pertinence de cette mention, dès lors que, par hypothèse, si le président du tribunal accorde des termes et délais à une entreprise en difficulté, ceux-ci s'imposent aux créanciers concernés, sans que ces derniers puissent poursuivre l'exécution de leurs créances.

⁶² Art. XX.35/1, § 4, al. 2, CDE proposé.

⁶³ Art. L611-8, III, du Code de commerce français.

lation s'interroge sur le bien-fondé de la faculté donnée au président de désigner d'office un médiateur d'entreprise pour "assister le débiteur dans le respect des engagements pris et dans la restructuration éventuelle de l'entreprise" sans que cette intervention ne soit demandée par le débiteur lui-même⁶⁴. Cette faculté fait, en outre, double emploi avec le suivi de la bonne exécution des facilités par la chambre des entreprises en difficulté prévu à l'article XX.35/1, § 4, alinéa 3, du CDE proposé⁶⁵. La proposition de loi prévoyant de valoriser davantage le rôle du mandataire de justice de l'article XX.30 du CDE, c'est à ce praticien de l'insolvabilité que le suivi et le contrôle de la bonne exécution des paiements par l'entreprise devraient, le cas échéant, être confiés.

L'ordonnance du président du tribunal n'est pas susceptible d'opposition. Elle est, par contre, susceptible d'appel formé par requête déposée au greffe de la cour d'appel dans les huit jours de la notification de l'ordonnance. La proposition de loi mentionne que « Si l'ordonnance rejette la demande, l'appel est suspensif »⁶⁶. On s'interroge sur le caractère suspensif de l'appel dans cette hypothèse et plus spécifiquement sur l'objet de la suspension. S'agit-il de l'exécution des créances visées par la demande de termes et délais ? Dans l'affirmative, quelle serait la cohérence de prévoir un tel effet suspensif, alors que l'introduction de la demande de termes et délais n'est pas assortie d'un tel effet ? Le Conseil d'État souligne, à ce sujet, dans son avis, que « La disposition pourrait trouver une pertinence si le seul fait de l'introduction de la demande devant le président du tribunal devait avoir pour effet de déjà faire octroyer à l'intéressé, jusqu'à l'ordonnance statuant sur cette demande, le bénéfice de celle-ci. Toutefois, un tel effet, qui serait par ailleurs hautement dérogoratoire au droit judiciaire commun et demanderait à faire l'objet d'une justification particulièrement sérieuse au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, n'est pas prévu par la proposition à l'examen »⁶⁷.

À l'instar de ce qui est prévu dans le cadre de la PRJ et dans l'A.R. n° 15, la proposition de loi dispose : « Les facilités accordées ne portent pas atteinte aux créances elles-mêmes, ni à l'exception d'inexécution, à la compensation ou au droit de rétention »⁶⁸. Il est, par contre, prévu à l'article XX.35/1, § 1^{er}, alinéa 4, du CDE proposé une protection contre la résolution des contrats fondée sur la non-exécution de l'obligation pendant la durée des facilités accordées à l'entreprise. Le texte de cette disposition ajoute que « Les clauses pénales pouvant

⁶⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/002, pp. 7-8.

⁶⁵ « Lorsqu'il accorde des facilités, le président renvoie l'affaire pour le suivi de la bonne exécution à la chambre des entreprises en difficulté. La chambre des entreprises en difficulté désigne un rapporteur chargé de surveiller l'exécution du sursis accordé ».

⁶⁶ Art. XX.35/1, § 5, al. 4, CDE proposé.

⁶⁷ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/002, p. 8.

⁶⁸ Art. XX/35, § 1^{er}, al. 3, CDE proposé.

être applicables à la suite de l'application des facilités accordées sont réputées non écrites»^{69 70}.

La proposition de loi prévoit un large champ d'application de la procédure de restructuration, les facilités de paiement pouvant s'appliquer « à toutes les dettes, quelles qu'en soient la nature et les garanties dont elles sont assorties, notamment les hypothèques ou privilèges spéciaux ou généraux, ou la cause, que celle-ci soit légale, réglementaire, contractuelle ou délictuelle »⁷¹. Certains types de créances sont cependant exclus, à l'instar des créances ne pouvant être impactées par un plan de réorganisation judiciaire⁷² ou par l'effacement⁷³, à savoir :

- les dettes alimentaires ;
- les dettes nées de prestations de travail, hors les cotisations ou dettes fiscales ou sociales ;
- les dettes 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 ;
- les amendes pénales.

À l'instar de l'A.R. n° 15, la nouvelle procédure de restructuration préventive ne prévoit pas d'incidence particulière de l'ordonnance du président du tribunal accordant des facilités de paiement à une entreprise en difficulté, sur les conjoints, cohabitants et les sûretés personnelles. Il s'agit manifestement d'un oubli, dès lors que l'exposé des motifs ne justifie pas cette omission. Il en est d'autant plus ainsi que dans la cadre de la PRJ, l'article XX.54, § 1^{er}, du CDE prévoit que :

« Le sursis profite au conjoint, à l'ex-conjoint, au cohabitant légal, à l'ex-cohabitant légal du débiteur, dans la mesure où ils sont personnellement coobligés, aux dettes contractuelles du débiteur liées à l'activité professionnelle de celui-ci ».

L'article XX.35/1, § 7, du CDE proposé comporte le même incitant à l'octroi de nouveaux crédits en faveur des entreprises en difficulté que celui prévu dans l'A.R. n° 15, à savoir :

- la non-application des articles 1328 du Code civil et XX.111 et XX.112 du Code de droit économique aux nouveaux crédits accordés pendant la

⁶⁹ Il s'agit ici d'une différence avec les principes applicables au délai de grâce.

⁷⁰ Le libellé de cet article est équivoque et plus particulièrement l'expression « à la suite de ». Il est évidemment nécessaire que, dans le cadre des facilités octroyées, le créancier ne puisse pas se prévaloir des clauses pénales, et ce pour autant que les délais de paiement soient respectés. Par contre, au terme des facilités ou en cas de non-respect des délais octroyés, il est souhaitable que le créancier puisse retrouver la possibilité de se prévaloir des clauses pénales.

⁷¹ Art. XX/35, § 1^{er}, al. 5, CDE proposé.

⁷² Art. XX.73 CDE.

⁷³ Art. XX.96, § 1^{er}, al. 2, et XX.173, § 1^{er}, al. 2, CDE.

- durée des facilités, ni aux sûretés établies ou autres actes accomplis en exécution de ces nouveaux crédits⁷⁴ ;
- l'absence de responsabilité des dispensateurs de crédit pour les nouveaux crédits accordés à l'entreprise en difficulté pour la seule raison que le nouveau crédit n'a pas effectivement permis de préserver la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités du débiteur.

Une protection des financements nouveaux, des financements intermédiaires et d'autres transactions liées à une restructuration figure également dans le chapitre 4 de la directive (UE) 2019/1023 sur les cadres de restructuration préventifs.

Une exonération de responsabilité en faveur des dirigeants d'entreprises du fait d'avoir poursuivi l'activité de l'entreprise pendant la période se situant entre le moment du dépôt de la requête visée au paragraphe 1^{er} et celui où il est mis fin au régime des facilités est également instaurée^{75 76}.

Le président du tribunal bénéficie de la possibilité de révoquer les facilités de paiement accordées à l'entreprise en difficulté, soit d'office après avoir entendu le débiteur, soit sur demande d'une « partie qui subirait un préjudice excessif résultant de la mesure accordée »⁷⁷. La proposition de loi ne précise cependant pas par qui et selon quelles modalités le président du tribunal pourra être saisi d'une telle demande. Le Conseil d'État invite, à cet égard, les auteurs du projet à compléter l'article XX.35/1, § 6, alinéa 2, proposé en indiquant « le mode d'introduction de la demande de révocation de la mesure accordée au débiteur ainsi que l'instance auprès de laquelle cette demande doit être formulée (vraisemblablement le président du tribunal). Il conviendrait également de prévoir les modalités d'information et d'audition du débiteur dans cette hypothèse »⁷⁸.

18. Troisième innovation : l'allègement des conditions d'accès à la PRJ. La proposition de loi a pour but, indique l'exposé des motifs, « de rendre la réorganisation judiciaire un peu plus accessible. Les exigences formelles étaient telles que de nombreuses PME hésitaient à demander une réorganisation »⁷⁹.

La première mouture de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises⁸⁰ avait consacré une approche « portail » destinée à faciliter au maximum l'accès à la PRJ qui devait revêtir un caractère quasi automatique pour le

⁷⁴ Nous regrettons, à nouveau, qu'il ne soit prévu qu'un incitant à l'octroi de nouveaux crédits sans favoriser les hypothèses de renégociation des crédits existants.

⁷⁵ Art. XX/35, § 8, CDE proposé.

⁷⁶ On notera que la directive n° 2019/1023 sur les cadres de restructuration préventifs instaure dans le chapitre 5 des obligations à charge des dirigeants lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité.

⁷⁷ Art. XX/35, § 6, CDE proposé.

⁷⁸ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/002, p. 9.

⁷⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/001, p. 5.

⁸⁰ Ci-après « LCE ».

débiteur qui en sollicitait le bénéfice⁸¹. Le législateur avait, à cet égard, fait une distinction entre deux types d'annexes à la requête en réorganisation judiciaire. On retrouvait, d'une part, celles qui devaient être impérativement jointes à la requête au moment de son dépôt et, d'autre part, celles qui pouvaient encore être déposées dans les quatorze jours du dépôt⁸². Cette latitude avait pour conséquence d'obliger le tribunal, qui devait examiner la requête dans les dix jours de son dépôt, de statuer sur la recevabilité de la requête sans disposer nécessairement d'annexes importantes telles qu'une situation comptable récente et le budget du débiteur établi pour la période du sursis. Ceci généra une disparité dans la jurisprudence, certaines juridictions déclarant irrecevables les requêtes ne comportant pas toutes les annexes, tandis que d'autres prononçaient l'ouverture de la PRJ avec un sursis court⁸³. Les premières années d'application de la LCE ont, en outre, révélé un nombre important d'abus, parmi lesquels un recours à la procédure de la part d'entreprises en état de faillite dans le seul but de faire échec aux tentatives de recouvrement de leurs créanciers, sans véritable politique de redressement⁸⁴.

Pour mettre un terme aux procédures irréfléchies ou fallacieuses et couper court aux dépôts inconsidérés de requêtes en réorganisation judiciaire⁸⁵, la loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises⁸⁶ a supprimé la faculté de déposer une requête en réorganisation judiciaire incomplète, en exigeant que l'ensemble des annexes prévues à l'article 17, § 2, de la LCE soient déposées en même temps que la requête, et ce, à peine d'irrecevabilité.

Cette exigence a été reproduite dans l'actuel article XX.41 du CDE, les travaux préparatoires du livre XX du CDE soulignant, à ce sujet, que « Certains débiteurs ont trop rapidement recherché la protection du sursis de paiement, ce qui explique la formulation relativement stricte de cet article »⁸⁷.

L'article 7 de la proposition de loi réinstaura l'approche « portail » de la PRJ, en rétablissant la distinction entre les annexes devant nécessairement être jointes à la requête au moment de son introduction⁸⁸ et celles susceptibles d'être déposées « dans le registre au plus tard 48 heures avant l'audience »⁸⁹ 90. La proposi-

⁸¹ C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 177, n° 145.

⁸² J.P. RENARD, V. RENARD, N. OUCHINSKY et W. DAVID, *La loi relative à la continuité des entreprises après la réforme de 2013 : mode d'emploi*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 114, n° 134.

⁸³ Voy. notamment Anvers, 3 décembre 2009 et Bruxelles, 23 février 2010, *R.D.C.*, 2010, vol. 6, p. 540, note M. VANMEENEN et *NjW*, 2010, p. 366, note M. TISON; Anvers, 1^{er} avril 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 848.

⁸⁴ C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises*, op. cit., p. 177, n° 145.

⁸⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2012-2013, n° 53-2692/001, p. 6.

⁸⁶ *M.B.*, 22 juillet 2013.

⁸⁷ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 54.

⁸⁸ À savoir celles visées aux points 1° à 4° du paragraphe 2 de l'article XX.41 du CDE.

⁸⁹ À savoir celles visées aux points 5° à 9° du paragraphe 2 de l'article XX.41 du CDE.

⁹⁰ La Proposition de loi prévoit un délai de 48 heures avant l'audience d'introduction pour déposer les annexes manquantes, et non plus dans les quatorze jours du dépôt de la requête.

tion de loi va même plus loin, en précisant en ses articles 6 et 7 que si le débiteur n'est pas en mesure de fournir les éléments requis par l'article XX.41, § 2, du CDE, celui-ci peut rédiger dans sa requête ou au plus tard 48 heures avant l'audience d'introduction, une note circonstanciée indiquant les motifs pour lesquels il n'a pas été en mesure d'apporter ces éléments, le tribunal étant invité à statuer en considération des éléments qui lui ont été soumis.

L'exposé des motifs justifie ce revirement par le fait que « [l]es restrictions imposées constituent des obstacles non justifiés à l'égard d'indispensables opérations de restructuration, particulièrement en temps de crise »⁹¹. Interrogé par le Conseil d'État à ce sujet, le mandataire du président de la Chambre des représentants a ajouté que « la situation consécutive à la crise sanitaire justifie un recours au régime de la loi de 2009 ».

Nous ne partageons pas cet avis.

Une certaine souplesse par rapport à l'exigence de joindre à la requête l'ensemble des annexes était en effet admise dans la LCE afin d'éviter de déboucher sur un formalisme exagéré si l'objectif normatif de la LCE était atteint. Il était en effet permis au tribunal, en vertu de l'article 24, § 1^{er}, de la LCE, de « mettre l'affaire en continuation ou de faire application de l'article 769, alinéa 2, du Code judiciaire, afin d'accorder au débiteur de bonne foi qui a seulement commis un manquement mineur, de réparer ce manquement »⁹². Cette possibilité a été reproduite dans l'article XX.46, § 1^{er}, alinéa 4, du CDE, suivant lequel :

« Si une omission ou une irrégularité dans le dépôt de documents n'est pas d'une nature telle qu'elle empêche le tribunal d'examiner si les conditions prévues à l'article XX.45 sont remplies et si elle peut être réparée par le débiteur, le tribunal peut, après avoir entendu le débiteur, mettre l'affaire en continuation ».

L'approche portail adoptée dans la LCE au lendemain de la crise des *subprimes* a clairement démontré ses limites et les nombreux abus suscités par un régime trop souple quant aux formalités d'accès à la PRJ. Rouvrir les vannes de la PRJ sous le prétexte de la crise sanitaire ne fera que multiplier les cas de requêtes en réorganisation judiciaire dilatoires sans réelles chances de succès. Ce risque est d'autant plus élevé que le législateur a consacré, par la loi du 14 octobre 2018 modifiant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe en vue de réformer les droits de greffe⁹³, l'exemption du droit de mise au rôle lors de l'inscription des causes introduites dans le cadre du livre XX du CDE.

Une augmentation potentielle des demandes abusives et irréfléchies de PRJ ne fera qu'augmenter les statistiques d'échec de cette procédure, comme dans les premières années de la LCE et, par voie de conséquence, ternir encore davantage l'image de cette procédure de redressement. Partant, c'est à juste titre que

⁹¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/001, p. 5.

⁹² *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2012-2013, n° 53-2692/001, p. 16.

⁹³ *M.B.*, 20 décembre 2018.

le Conseil d'État invite les auteurs de la proposition de loi à « s'assurer de la proportionnalité des mesures proposées eu égard aux risques d'abus tels que constatés par le législateur en 2013 et en 2017 et ce, d'autant que la proposition à l'examen n'est pas limitée dans le temps à la période de crise liée à l'actuelle crise sanitaire »⁹⁴.

L'article 8 de la proposition de loi supprime l'obligation, contenue à l'article XX.45, § 5, alinéa 1^{er}, du CDE, de solliciter une PRJ par transfert sous autorité de justice, lorsque le débiteur a déjà demandé et obtenu l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire moins de trois ans plus tôt. Cette limitation est présente depuis la première mouture du texte de la LCE⁹⁵, celle-ci étant justifiée dans les travaux préparatoires par l'objectif d'« éviter tout abus »⁹⁶, sans autre forme d'explication. La loi du 27 mai 2013 a ajouté à l'ancien article 23, § 5, un alinéa prévoyant que : « Si la demande émane d'un débiteur qui a déjà sollicité et obtenu l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire plus de trois mais moins de cinq ans plus tôt, la nouvelle procédure de réorganisation judiciaire ne peut remettre en cause les acquis des créanciers obtenus lors de la procédure antérieure ». Le but de cette disposition, reproduite dans l'actuel article XX.45, § 5, du CDE, est d'« éviter qu'un débiteur qui a obtenu moins de cinq ans auparavant une réorganisation judiciaire, ne remette en cause ce qui avait été obtenu par un accord homologué par le tribunal, les termes et délais accordés pour des dettes existant lors de l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire antérieure »⁹⁷. À partir du moment où les acquis des créanciers obtenus dans une précédente PRJ sont préservés, l'ancienne restriction de trois ans pour pouvoir solliciter une nouvelle PRJ par accord collectif a perdu tout son sens, de sorte que sur ce point, la proposition de loi est, à nos yeux, tout à fait pertinente. Le risque de procédures successives de réorganisation judiciaire par accord collectif est, en outre, limité par le contrôle du juge délégué et du tribunal exercé sur le budget annexé à la requête. Une entreprise cumulant les procédures de réorganisation judiciaire tous les six mois ne pourrait, en effet, raisonnablement défendre le caractère crédible et réalisable de ses plans financiers.

19. Quatrième innovation : le renforcement de la PRJ par accord amiable. Afin de faciliter la conclusion d'un accord amiable dans le cadre d'une PRJ, l'actuel article XX.65, § 3, alinéa 2, du CDE prévoit que, sur requête contradictoire du débiteur, le tribunal peut octroyer des termes et délais « modérés » tels que visés à l'article 1244 du Code civil.

Cette disposition permet ainsi au débiteur de saisir le tribunal pour le cas où l'un des créanciers avec lesquels il est en discussion résisterait à ses proposi-

⁹⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/002, p. 10.

⁹⁵ Art. 23, § 5, LCE.

⁹⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2007, n° 52-0160/001, p. 16.

⁹⁷ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2012-2013, n° 53-2692/001, p. 15.

tions⁹⁸, en vue de statuer sur l'octroi des termes et délais qu'implique sa proposition. L'objectif est par conséquent de permettre au tribunal de statuer sur l'octroi de termes et délais en faveur du débiteur lorsqu'aucun accord n'a été trouvé, et ce, sur initiative du débiteur⁹⁹.

L'article 9 de la proposition de loi octroie la possibilité pour l'entreprise en procédure de réorganisation judiciaire par accord amiable de demander également au tribunal, par requête contradictoire, d'accorder « des délais modérés tels que visés à l'article 1244 du Code civil » à l'égard d'un ou plusieurs créanciers qui n'étaient pas parties à l'accord.

Dans ce cas, les créanciers visés par cette demande sont invités à déposer « dans le dossier »¹⁰⁰, dans les huit jours de la notification de la requête, un mémoire exprimant leur accord ou désaccord quant aux délais sollicités. Ce mémoire devant être déposé « à peine de déchéance », on peut s'interroger sur les conséquences que devra tirer le tribunal de l'absence ou du dépôt tardif d'un tel mémoire. Devra-t-il appliquer, dans ce cas, l'adage « qui ne dit mot consent » ou statuer en procédant à une balance des intérêts en présence ?

L'évolution de la procédure de réorganisation judiciaire par accord amiable consacrée dans le livre XX pose question, dès lors que, depuis le 1^{er} mai 2018, alors que le sursis sortit ses effets à l'égard de l'ensemble des créanciers sursitaires du débiteur, seuls ceux avec lesquels il entend négocier un accord sont avisés de l'ouverture de la procédure¹⁰¹. On peut, par conséquent, imaginer la surprise d'un créancier qui, n'ayant pas été avisé de l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire de son débiteur et de ses intentions de négocier des accords amiables avec certains de ses créanciers, sans l'impliquer dans les négociations, se voit soudainement notifier une demande de termes et délais sur pied de l'article XX.65 du CDE.

Si la proposition de loi nous semble, sur ce point, de nature à valoriser davantage le mécanisme de la procédure de réorganisation judiciaire par accord amiable, il conviendrait, à notre estime, de rétablir un équilibre en faveur des créanciers non impliqués dans la négociation d'accords amiables, par exemple, en limitant les effets du sursis aux créanciers avec lesquels le débiteur souhaite négocier un accord.

20. Cinquième innovation : la consécration de la possibilité d'un vote électronique sur les plans de réorganisation judiciaire. Les

⁹⁸ J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, p. 245, n° 40.

⁹⁹ C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises*, *op. cit.*, p. 319, n° 269.

¹⁰⁰ Pour éviter toute équivoque cette phrase devrait être remplacée par « dans le registre central de la solvabilité ».

¹⁰¹ L'article XX.49, § 1^{er}, du CDE ne prévoit, en effet, au contraire de ce qui était prévu à l'article 26, § 2, de la LCE, la notification par le débiteur de l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire à l'ensemble de ses créanciers que dans l'hypothèse d'un accord collectif ou d'un transfert sous autorité de justice.

articles 10 et 11 de la proposition de loi consacrent la possibilité de voter sur le plan, dans l'hypothèse d'une procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif, de manière électronique.

Actuellement, les créanciers admis à voter sur le plan de réorganisation judiciaire doivent le faire, en personne à l'audience de vote, par procuration ou par l'intermédiaire de leur avocat¹⁰².

La proposition de loi insère la possibilité de voter à distance, par vote électronique.

Cette possibilité se rapproche de celle qui était prévue sous l'empire de la loi du 10 août 1946 sur le concordat judiciaire. On se souviendra de cette possibilité de voter par une déclaration au greffe pendant les huit jours suivant l'assemblée générale combinée à l'autorisation dans le chef du tribunal, dans des cas exceptionnels, à renoncer à convoquer les créanciers et à remplacer l'assemblée générale des créanciers par un vote par correspondance¹⁰³.

La proposition de loi mentionne, à cet égard, que lorsque le vote est réalisé par voie électronique, celui-ci se déroule selon les modalités fixées par le juge délégué. On s'interroge sur la raison pour laquelle cette prérogative incombe au juge délégué alors que c'est, en réalité, le tribunal qui est compétent pour statuer sur l'homologation du plan après le vote de ce dernier. En outre, comme le relève le Conseil d'État dans son avis, « [l]a lecture combinée des articles 10 et 11 ne permet pas d'identifier avec certitude le champ d'application du traitement électronique visé : s'agit-il de l'audience ou du vote du plan uniquement qui peut se dérouler de façon électronique ? »¹⁰⁴.

L'organisation de la possibilité pour les créanciers de voter à distance sur le plan par la voie électronique est dans l'air du temps compte tenu, d'une part, de l'évolution de nos moyens de communication et, d'autre part, de la nécessité actuelle de garantir le respect des mesures de distanciation sociale imposées par la crise du Covid-19.

Cependant, l'organisation de votes à distance, voire d'audiences de vote par vidéoconférence, requiert sans conteste davantage que les légères modifications du prescrit des articles XX.77 et XX.78 du CDE prévues dans les articles 10 et 11 de la proposition de loi.

Le Conseil d'État souligne, en effet, dans son avis que :

« Dans un certain nombre d'arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné que l'utilisation de vidéoconférences en matière pénale n'est pas en soi contraire au droit à un procès équitable, à condition que le justiciable ait la possibilité de suivre la procédure et qu'il puisse être entendu sans obstacles

¹⁰² Art. XX.78, al. 3, CDE.

¹⁰³ C. ALTER et Z. PLETINCKX, *Insolvabilité des entreprises*, op. cit., p. 374, note de bas de page n° 907.

¹⁰⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/002, p. 14.

techniques à cet égard et pour autant qu'il puisse communiquer de manière effective et confidentielle avec son avocat. Bien que les arrêts visés concernent des affaires pénales et doivent par conséquent se comprendre au regard de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention européenne des droits de l'homme, il n'en demeure pas moins que les principes qui y sont évoqués peuvent également être pertinents en matière civile. Dès lors, [lorsque] des vidéoconférences seront organisées, il faudra veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte aux principes précités»¹⁰⁵.

21. Sixième innovation : la suspension de l'obligation de faire aveu de faillite¹⁰⁶. Dans la droite ligne de l'A.R. n° 15, l'obligation de faire aveu de faillite est suspendue. Cette suspension a, par ailleurs, pour conséquence « qu'aucune sanction pénale ne sera applicable »¹⁰⁷.

La mesure est cependant quelque peu aménagée par rapport à celle prévue dans l'A.R. n° 15.

Tout d'abord, cette suspension est conditionnée au fait que les circonstances visées à l'article XVIII.1¹⁰⁸ du CDE sont présentes et pour autant que la cessation de paiement et l'ébranlement du crédit en soient la conséquence.

Ensuite, la mesure est limitée à la faillite et ne s'étend pas à la dissolution judiciaire et au transfert forcé de l'entreprise dans le cadre d'une PRJ.

Enfin, les travaux préparatoires mentionnent expressément que :

« Cela n'exclut pas que la responsabilité des administrateurs soit engagée si, sur la base de modèles existants, l'administrateur doit savoir que la société ne peut apparemment pas être sauvée même avec l'aide de tiers ».

La faculté pour le débiteur de faire aveu de faillite et la possibilité pour les tiers de citer en faillite¹⁰⁹ demeurent intactes.

De nombreuses questions restent par ailleurs ouvertes. Qu'en est-il, par exemple, de l'inopposabilité des actes intervenus en période suspecte ? La période suspecte est-elle maintenue et sera-t-elle, le cas échéant, prolongée à concurrence de la période de suspension ?

¹⁰⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/002, p. 15.

¹⁰⁶ Notons qu'un parlementaire du Vlaams Belang a déposé un amendement afin de faire supprimer l'article 12 et la suspension de l'obligation de faire faillite (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-1337/003).

¹⁰⁷ L'article 489bis, 4°, du Code pénal sanctionne, en effet, l'omission de faire l'aveu de la faillite dans le délai d'un mois à dater de la cessation des paiements prescrit par l'article XX.102 du Code de droit économique.

¹⁰⁸ À savoir « des circonstances ou des événements exceptionnels [qui] mettent ou sont susceptibles de mettre en péril tout ou partie du bon fonctionnement de l'économie ».

¹⁰⁹ Il s'agit ici d'une différence avec les mesures prévues par l'A.R. n° 15.

§ 2. Pistes de réflexion

22. Enjeux. De manière générale, les mesures doivent, à notre estime, répondre à plusieurs préoccupations globales.

Tout d'abord, il est évidemment crucial de conserver un juste équilibre entre l'octroi du crédit et l'exigence de sûretés. L'octroi de crédit est évidemment facilité via l'octroi de sûretés. Même si ces sûretés constituent le soutien indispensable de l'économie, le risque d'aller trop loin dans la protection des créanciers existe. L'accès au crédit doit être maintenu tout en évitant de le subordonner à des exigences trop lourdes en termes de garanties.

Ensuite, les mesures à envisager doivent permettre de maintenir la confiance entre les acteurs économiques. La crainte exacerbée d'une inexécution dans le chef de son débiteur – et surtout de l'absence de possibilité de recouvrement – doit être à tout prix évitée.

En outre, le *fresh start* du débiteur doit être renforcé tout en limitant les abus éventuels¹¹⁰. Un *fresh start* trop sévère aboutirait à freiner le déploiement de l'économie¹¹¹.

Par ailleurs, il convient de contrer l'éventuel effet infamant des mesures (ou d'une publicité préjudiciable) en l'équilibrant avec une transparence nécessaire à l'égard des créanciers.

Une surcharge des cours et tribunaux doit encore être évitée.

Enfin, les entreprises qui étaient déjà en difficulté lors de la survenance de la crise ne peuvent être oubliées. Par contre, celles qui bénéficient de la crise doivent être exclues d'un régime trop favorable.

23. Mesures ciblées. Au-delà des mesures déjà envisagées par le législateur, il nous semble important de mettre en exergue plusieurs mesures concrètes destinées à répondre de manière ciblée aux enjeux socio-économiques de demain.

Au niveau du *fresh start*, une première mesure consisterait à régler les problèmes d'identification à la BCE en cas de nouvelles activités d'un failli en personne physique. Les numéros d'entreprise attribués aux indépendants personnes phy-

¹¹⁰ Voy. les considérants 75 et suivants de la directive n° 2019/1023 sur les cadres de restructuration préventifs ainsi que les articles 20 à 23 de la directive.

¹¹¹ « Pour encourager l'activité entrepreneuriale, les entrepreneurs et dirigeants d'entreprise ne devraient pas être montrés du doigt lorsque leurs initiatives professionnelles honnêtes échouent. Les particuliers ne devraient pas être dissuadés d'exercer une activité entrepreneuriale ou se voir refuser une seconde chance. On estime que l'octroi aux entrepreneurs honnêtes d'une réelle seconde chance leur permettant d'entamer une nouvelle activité professionnelle permettrait de créer 3 millions d'emplois en Europe » (Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE, p. 7, www.europa.eu).

siques sont, en effet, actuellement attachés à leur numéro de registre national, ce qui a pour effet de rendre le numéro d'immatriculation à la BCE unique. Il est impératif que cette erreur d'ordre strictement administratif, suscitée par des facilités d'identification dans les systèmes du SPF Finances, soit corrigée, de telle sorte qu'une personne physique déclarée en faillite puisse reprendre ses activités avec un nouveau numéro d'entreprise.

Il serait bon également de préserver l'accès aux soins et il convient d'éviter les exclusions des soins de santé liées au non-paiement pendant une année de référence complète des cotisations sociales. L'article 123 de la loi du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités¹¹² prévoit, en effet, que pour pouvoir bénéficier de l'intervention de l'assurance obligatoire dans ses frais médicaux, l'allocataire doit être en ordre de paiement de ses cotisations sociales pendant une année de référence complète, à savoir celle située entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre de la seconde année civile précédant le début de l'année pendant laquelle interviennent les frais médicaux. Ceci a pour conséquence qu'un indépendant personne physique qui accuse des arriérés de cotisations sociales de plus d'une année sera privé de l'intervention de sa mutuelle dans ses soins de santé. Ce régime gagnerait à être assoupli en tenant compte des effets de la PRJ et de la faillite sur les arriérés de cotisations sociales.

Un fichage trop rapide et de longue durée à la BNB doit encore être évité. On notera que la proposition de directive sur les cadres de restructuration préventifs prévoyait, avant même l'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données (RGPD)¹¹³, que «les données à caractère personnel utilisées en relation avec le surendettement du débiteur devraient être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées et conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une période n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées»¹¹⁴. Un accès au financement est primordial. À cet égard, la proposition de directive faisait expressément mention de ce que, outre des dispositions minimales en matière de remise de dettes, les États membres pouvaient aller au-delà «en accordant un traitement encore plus favorable aux entrepreneurs, par exemple à l'aide de règles régissant l'accès au financement pour ceux qui ont obtenu une seconde chance»¹¹⁵.

¹¹² M.B., 27 août 1994.

¹¹³ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE, *J.O.U.E.*, n° L 119 du 4 mai 2016.

¹¹⁴ Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE, www.europa.eu.

¹¹⁵ Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE, p. 25, www.europa.eu.

Par ailleurs, certaines lacunes de la loi méritent d'être comblées. Comment par exemple articuler la suspension de l'obligation de faire faillite avec les inopposabilités de la période suspecte ?

En outre, il serait judicieux de repenser et d'articuler les sanctions de droit commun avec les régimes applicables en période de crise.

Les considérants de la directive sur les cadres de restructuration préventifs sont à cet égard particulièrement éclairants :

«Lorsqu'un débiteur entre dans une procédure d'insolvabilité, certains fournisseurs peuvent se prévaloir de droits contractuels, prévus dans les clauses appelées résolutoires, les autorisant à résilier le contrat de fourniture uniquement pour cause d'insolvabilité, même si le débiteur a dûment rempli ses obligations. Ces clauses résolutoires pourraient également être activées lorsqu'un débiteur sollicite des mesures de restructuration préventive. Lorsque de telles clauses sont invoquées alors que le débiteur est seulement en train de négocier un plan de restructuration ou de demander une suspension des poursuites individuelles, ou qu'elles sont invoquées en lien avec tout événement lié à la suspension, la résiliation anticipée peut avoir un impact négatif sur l'activité du débiteur et la réussite du sauvetage de l'activité. En conséquence, dans de tels cas, il est nécessaire que les créanciers ne puissent pas invoquer des clauses résolutoires faisant référence à des négociations relatives à un plan de restructuration ou à une suspension ou à tout événement similaire lié à la suspension. (41) La résiliation anticipée peut mettre en péril la capacité d'une entreprise à poursuivre son activité pendant les négociations de restructuration, en particulier s'agissant des contrats portant sur des fournitures essentielles telles que le gaz, l'électricité, l'eau, les télécommunications et les services de paiement par carte. Les États membres devraient prévoir que les créanciers auxquels la suspension des poursuites individuelles s'applique, et dont les créances sont nées avant la suspension et n'ont pas été acquittées par un débiteur, ne sont pas autorisés à suspendre l'exécution de contrats à exécuter essentiels, ni à résilier, exécuter de manière anticipée ou modifier, d'une quelconque autre façon, de tels contrats au cours de la suspension, à condition que le débiteur respecte ses obligations au titre de ces contrats lorsqu'elles deviennent exigibles durant la suspension. Des contrats à exécuter sont, par exemple, un contrat de licence ou une convention de bail, un contrat de fourniture à long terme ou un contrat de franchise».

L'article 7, 5., de la directive (UE) 2019/1023 sur les cadres de restructuration préventifs prévoit en ce sens que :

«Les États membres veillent à ce que les créanciers ne soient pas autorisés à suspendre l'exécution de contrats à exécuter ni à résilier, exécuter de manière anticipée ou modifier, d'une quelconque autre façon, de tels contrats au détriment du débiteur en vertu d'une clause contractuelle prévoyant de telles mesures, au seul motif: a) d'une demande d'ouverture d'une procédure de restructuration préventive; b) d'une demande de suspension des poursuites indivi-

duelles; c) de l'ouverture d'une procédure de restructuration préventive; ou d) de l'octroi proprement dit d'une suspension des poursuites individuelles».

Les clauses pénales et les intérêts moratoires supérieurs au taux d'intérêt légal doivent être neutralisés ou, à tout le moins, réduits.

L'exercice de la compensation, du droit de rétention, de l'exception d'inexécution mériterait d'être mieux balisé.

L'on pourrait encore compléter le texte de l'article 1244 du Code civil en s'inspirant de l'article 1343-5 du Code civil français, qui donne la possibilité pour le juge de reporter ou d'échelonner, dans un délai maximum de deux ans, le paiement des sommes dues, voire d'ordonner que les sommes correspondant aux échéances reportées porteront intérêt à un taux réduit au moins égal au taux légal, ou que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital. Cette disposition du Code civil français prévoit également que la décision du juge suspend les procédures d'exécution qui auraient été engagées par le créancier et que les majorations d'intérêts ou les pénalités prévues en cas de retard ne sont pas encourues pendant le délai fixé par le juge.

Enfin, des institutions comme le *prepack* et la faillite silencieuse devraient pouvoir être examinées pour être reçues en droit belge. À tout le moins, la conclusion d'accords amiables doit être favorisée.

Section 3

Le retour au droit commun

24. Contextualisation. Les discussions actuelles à l'endroit du droit de l'insolvabilité ne doivent pas occulter les possibilités qu'offre le droit commun des obligations contractuelles.

Outre les éventuelles stipulations contractuelles prévues – ou à prévoir – par les parties, le droit commun comporte plusieurs outils favorables aux entreprises victimes de la crise.

Nous en épingleons certains d'entre eux en rappelant l'importance des négociations entre parties.

Vu le flou juridique qui règne, on ne peut, en effet, que conseiller vivement aux entreprises, tant que faire se peut, de négocier avec leurs partenaires contractuels des aménagements amiables (reports de paiement, abattements des intérêts, suppression des clauses pénales...). Les reports doivent évidemment être fixés au regard des prévisions de trésorerie et de rentabilité sans oublier de réserver l'hypothèse d'une seconde vague et/ou de mesures supplémentaires imposées par le gouvernement¹¹⁶.

¹¹⁶ Les auteurs soulignent que la présente contribution a été finalisée à la fin du mois d'août 2020.

Et, puisqu'il nous est permis de rêver un peu, on n'oubliera pas que des remises de dettes ne sont pas à exclure...

§ 1. Le délai de grâce

25. L'article 1244, alinéa 2, du Code civil¹¹⁷. L'article 1244 du Code civil prévoit que :

« Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible.

Le juge peut néanmoins, nonobstant toute clause contraire, eu égard à la situation des parties, en usant de ce pouvoir avec une grande réserve et en tenant compte des délais dont le débiteur a déjà usé, accorder des délais modérés pour le paiement et faire surseoir aux poursuites, même si la dette est constatée par un acte authentique, autre qu'un jugement ».

Le juge est dès lors autorisé à accorder au débiteur un délai ou un terme de grâce, la disposition étant d'ordre public¹¹⁸. Il s'agit là d'une dérogation claire au principe de la convention-loi inscrit à l'article 1134 du Code civil.

Bien que la Cour de cassation considère que l'article 1244, alinéa 2, ne trouve application qu'en matière contractuelle¹¹⁹, la doctrine majoritaire lui confère une portée générale¹²⁰. Le délai de grâce pourrait dès lors bénéficier tant aux débiteurs d'obligations contractuelles qu'aux débiteurs d'obligations extra-contractuelles.

Le terme « paiement » doit être compris de manière très large et couvrir toutes les espèces d'obligations (de donner, de faire ou de ne pas faire)¹²¹.

Le bénéfice du délai de grâce est toutefois exclu dans certaines matières¹²², telles les dettes constatées dans un jugement (art. 1244, al. 2 *in fine*, C. civ. et art. 1333, al. 2, C. jud.), les dettes alimentaires, les rémunérations¹²³ ainsi que les

¹¹⁷ Cet article peut être complété par les articles 1333 à 1337 du Code judiciaire.

¹¹⁸ Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, Les sources des obligations extracontractuelles et le régime général des obligations, Bruxelles, Larcier, 2016, n° 287 et s. Voy. aussi J.P. Berchem-Anvers, 24 décembre 1985, *J.J.P.*, 1988, p. 262, note P. DAENENS; J.P. Westerlo, 11 janvier 1991, *Turnh. Rechtsl.*, 1991, p. 12; J.P. Namur, 7 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 321 cités par S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations. Le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, n° 12.

¹¹⁹ Cass., 13 janvier 1972, *Pas.*, 1972, I, p. 462; Cass., 13 septembre 1977, *Pas.*, 1978, I, p. 41, note F.D.

¹²⁰ Voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1988, n° 171; R. KRUIJTHOF, « Overzicht van rechtspraak (1974-1980) – Verbintenissen », *T.P.R.*, 1983, n° 196; R. KRUIJTHOF, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN et F. DE LY, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) – Verbintenissen », *T.P.R.*, 1994, n° 18; P. BAZIER, « Le champ d'application de l'article 1244, alinéa 2, du Code civil en droit des obligations et en matière d'impôts directs », *R.G.D.C.*, 2014/6, p. 245.

¹²¹ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations. Le régime général de l'obligation (1985-1995) », *op. cit.*, n° 14.

¹²² P. BAZIER, « Le champ d'application de l'article 1244, alinéa 2, du Code civil en droit des obligations et en matière d'impôts directs », *op. cit.*, pp. 245 et s.

¹²³ Trib. trav. Bruxelles, 4 mars 1991, *Chron. dr. soc.*, 1992, p. 429.

dettes fiscales¹²⁴. On invoque que la matière touche à l'ordre public sans toutefois que l'argumentation ne se révèle convaincante¹²⁵.

Le pouvoir exceptionnel aux mains du juge est circonscrit. Le juge ne peut y recourir qu'à certaines conditions et avec parcimonie.

Tout d'abord, le débiteur doit être malheureux et de bonne foi¹²⁶. Cette condition n'est pas ancrée dans un texte et dérive de la jurisprudence. L'article 1337 du Code judiciaire dispose à cet égard que :

«Le débiteur ne peut obtenir un délai ni jouir du délai qui lui a été accordé, si ses biens sont vendus à la requête d'autres créanciers, s'il est en état de faillite ou de déconfiture, s'il est fugitif, s'il n'a pas fourni ou s'il a diminué les sûretés dont il était tenu envers son créancier».

Ensuite, le bénéfice d'un délai de grâce ne peut pas aboutir en pratique à exonérer le débiteur du paiement de sa dette¹²⁷.

Le débiteur qui se voit octroyer un délai de grâce bénéficie d'une suspension d'exigibilité de la dette. Il n'est toutefois pas libéré de sa responsabilité¹²⁸ et reste tenu des sanctions prévues en cas de retard d'exécution (intérêts légaux moratoires, clauses pénales)¹²⁹ ¹³⁰. L'inconvénient est de taille, raison pour laquelle nous plaçons pour un aménagement de cet article à la lumière de l'article 1343-5 du Code civil français (*supra*, n° 23).

Le débiteur n'est pas totalement à l'abri puisqu'il peut être déchu du bénéfice du terme dans les hypothèses de déchéance légale prévues aux articles 1188 du Code civil et 1337 du Code judiciaire, mais aussi dans l'hypothèse où les conditions fixées par le juge ne sont pas respectées.

26. L'article 1184, alinéa 3, du Code civil. L'article 1184, alinéa 3, aux termes duquel « [l]a résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances », renvoie à cette même faveur qui peut être octroyée par le juge au débiteur méritant l'indulgence des cours et tribunaux.

¹²⁴ Cass., 24 avril 2008, *Cour. fisc.*, 2008, p. 671, note; *J.L.M.B.*, 2009, p. 832, note A. BERTHE; *R.G.C.F.*, 2008, p. 307, note E. VAN BRUSTEM; *T.F.R.*, 2008, p. 924, note M. LOYENS. Cette thèse est toutefois contestée par la doctrine.

¹²⁵ Voy. pour une analyse critique de l'exclusion, P. BAZIER, « Le champ d'application de l'article 1244, alinéa 2, du Code civil en droit des obligations et en matière d'impôts directs », *op. cit.*, pp. 252 et s.

¹²⁶ Voy. G. DE LEVAL, « Le délai de grâce », *Rép. not.*, t. XIII, liv. 4/1, p. 43, n° 52.

¹²⁷ Cass., 19 juin 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1295; *R.W.*, 1987-1988, note A. VAN OEVELEN; Mons, 6 juin 1988, *J.L.M.B.*, 1988, pp. 1392 et s.; Cass., 7 avril 2014, *R.G.* n° S.12.0080.N.

¹²⁸ Cass., 21 février 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 662; *R.C.J.B.*, 1966, p. 411, avec la note I. MOREAU-MARGRÈVE, pp. 439-444. Voy. aussi Comm. Liège, 3 juin 1982, *Jur. Liège*, 1983, p. 71, note J.-Fr. JEUNEHOMME.

¹²⁹ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence – Les obligations. Le régime général de l'obligation (1985-1995) », *op. cit.*, n° 18; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, La théorie générale du contrat, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n° 681.

¹³⁰ Sous réserve de l'application de l'article 1231 du Code civil, des sanctions prévues par le Code de droit économique pour les clauses abusives et de la théorie de l'abus de droit.

Ainsi, en présence d'une action en résolution du contrat, le juge pourra octroyer au débiteur un délai de grâce pour lui permettre de s'exécuter.

27. Enjeu. Cette faveur que le juge doit utiliser avec la plus grande prudence pourrait se révéler fort utile pour les débiteurs confrontés à des créanciers intransigeants.

D'une part, le débiteur manquant de liquidités à la suite de la crise pourrait bénéficier d'une bulle d'oxygène via un étalement de paiement.

D'autre part, le débiteur en proie à une action en résolution d'un contrat stratégique pour la survie de son entreprise pourrait contrer celle-ci en postulant le bénéfice d'un nouveau délai.

§ 2. La force majeure

28. Notion et conditions d'application. La crise sanitaire est venue donner un nouveau souffle à la théorie de la force majeure¹³¹.

Pour rappel, pour pouvoir invoquer cette cause libératoire, plusieurs conditions strictes doivent être réunies.

A. Le débiteur doit démontrer une impossibilité d'exécution

L'obstacle à l'exécution doit être insurmontable. Le débiteur ne peut se contenter d'invoquer une plus grande difficulté d'exécution.

On considère généralement que ce critère d'impossibilité d'exécution ne peut concerner que des choses d'espèce. « S'agissant d'une obligation de donner une chose de genre, il ne peut y avoir impossibilité d'exécution, une chose de même qualité et en même quantité pouvant toujours être trouvée par le débiteur »¹³². C'est ainsi que l'on exclut du champ de la force majeure l'exécution d'obligations pécuniaires, la monnaie étant une chose de genre¹³³. On retrouve ici l'adage *genera non pereunt*.

¹³¹ Voy. M. HIGNY, « Le paiement du loyer et des charges au bailleur dans le bail d'un bien immeuble face au coronavirus », *J.T.*, 2020, pp. 265-272; B. KOHL, « L'incidence de l'épidémie de Covid-19 sur l'exécution des marchés de construction », *J.T.*, 2020, pp. 361-371; Fr. GLANSDORFF, « La force majeure à l'heure du coronavirus », *J.T.*, 2020, pp. 326-329; H. VYNCKE, « Woninghuur en studentenhuur ten tijde van het coronavirus. Covid-19: verplichtingen van partijen en het einde van de overeenkomst », *R.G.D.C.*, 2020, pp. 325-337; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Een pandemie als overmacht, overmacht als een pandemie? », *R.D.C.*, 2020, pp. 246-278; J. VAN ZUYLEN, « Coronavirus et force majeure: questions choisies », *R.G.D.C.*, 2020, pp. 382-400.

¹³² Liège, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 100 et s., obs. P. WÉRY.

¹³³ Cass., 13 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 108.

B. L'événement faisant obstacle à l'exécution doit en principe être imprévisible

Cette condition résulte des enseignements de la Cour de cassation qui considère que « [l]a force majeure [...] ne peut résulter que d'une circonstance indépendante de la volonté du demandeur et que cette volonté n'a pu *ni prévoir*¹³⁴ ni conjurer »¹³⁵. L'appréciation doit se faire de manière raisonnable. Si l'événement est prévisible mais qu'il constitue un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation, rien n'empêche d'invoquer l'argument de force majeure. La doctrine contemporaine y voit davantage un critère d'appréciation de la force majeure qu'une condition proprement dite¹³⁶.

C. La cause étrangère ne peut être imputable, même partiellement, au débiteur

Plusieurs conceptions sont défendues. D'un côté, certains auteurs exigent une impossibilité d'exécution qui ne peut être imputée au débiteur. Pour d'autres, il suffit au débiteur de prouver son absence de faute pour que la force majeure puisse être invoquée avec succès.

29. Effets de la force majeure. La force majeure libère le débiteur de son obligation¹³⁷. Ce dernier n'est pas tenu d'honorer son engagement sans que l'on puisse lui en faire grief¹³⁸.

L'incidence de l'effet extinctif de l'obligation sur le contrat est fonction du caractère que présente l'événement de force majeure.

¹³⁴ Nous soulignons.

¹³⁵ Voy., récemment, Cass., 10 juillet 2019, *J.T.*, 2019, p. 660.

¹³⁶ Voy. aussi Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019, n° 55-0174/001, pp. 245-246: « Pour apprécier la non-imputabilité, les caractères externe, imprévisible et inévitable de l'obstacle à l'exécution sont des éléments permettant d'établir l'existence d'une impossibilité non fautive d'exécution (voy. également art. 8:108, al. 1 PECL; A. DE BOECK, "De schorsing bij overmacht in het gemene verbintenissen- en contractenrecht", in *Schorsing van verbintenissen en overeenkomsten, Leerstoel Constant Matheussen*, Bruges, la Charte, 2010, (57), 63-67; M. DE POTTER DE TEN BROECK, *Gewijzigde omstandigheden in contractenrecht*, Anvers, Cambridge, Intersentia, 2017, pp. 171 et s.; S. MICHAUX et D.-E. PHILIPPE, "La force majeure", *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2002, II.1.3, pp. 148-151; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, p. 171; J. VAN ZUYLEN, "La force majeure", *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2013, II.1.6, pp. 106-109). Cela étant, ces éléments d'appréciation ne constituent pas des conditions en tant que telles ».

¹³⁷ Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 543; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, coll. De Page, t. 2, *Les obligations*, vol. II, *Les sources des obligations* (deuxième partie), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1439; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », in I. BOUIOUKLIËV (coord.), *La force majeure – État des lieux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 48.

¹³⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 543.

Si l'obstacle est temporaire, le contrat est suspendu^{139 140} pour autant que l'exécution conserve une utilité pour le créancier. À l'inverse, si l'obstacle est définitif, le contrat est dissous¹⁴¹. Notons toutefois que ce n'est que si l'obstacle rend l'inexécution totale que le contrat sera dissous. En cas d'impossibilité partielle, le contrat sera réduit proportionnellement à l'inexécution¹⁴². Le débiteur ne sera en effet libéré que si l'exécution partielle n'est pas concevable.

Dans les contrats unilatéraux, l'extinction de l'obligation principale (ou d'une obligation indissociable des autres) entraîne l'extinction du contrat¹⁴³. En présence de contrats synallagmatiques¹⁴⁴, l'on se réfère à l'arrêt de la Cour de cassation du 27 juin 1946. La Cour décide que : « Dans les contrats synallagmatiques, l'extinction par la force majeure des obligations d'une partie entraîne l'extinction des obligations corrélatives de l'autre partie et justifie, dès lors, la dissolution du contrat ; si cette règle de droit n'est pas formulée en termes exprès par une disposition générale du Code civil, elle est néanmoins consacrée par celui-ci, puisqu'il en fait application dans diverses dispositions particulières, notamment les articles 1790 et 1867, et spécialement en cas de destruction ou de perte de choses immobilières louées, dans les articles 1722 et 1741 »¹⁴⁵. La théorie des risques est érigée en cause de dissolution du contrat¹⁴⁶. La Cour

¹³⁹ Cass., 13 janvier 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 461. Voy. A. DE BERSAQUES, note sous Cass., 27 juin 1946, *R.C.J.B.*, 1947, p. 283 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Les incapables, Les obligations (première partie), 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 608, n° 606 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Leerboek 1, Bruges, die Keure, 2015, p. 163 ; A. DE BOECK, « *Genera non pereunt, of toch wel?* », *R.G.D.C.*, 2009, p. 444 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 549 ; S. MICHAUX et D. PHILIPPE, « La force majeure », in *Obligations. Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2002, pp. II.1.3-162 et s. ; A. VAN OEVELEN, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », *T.P.R.*, 2008, p. 611 ; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », *op. cit.*, pp. 53 et s.

¹⁴⁰ Voy. sur le rejet de la suspension d'un contrat : Bruxelles, 17 octobre 1946, *J.T.*, 1947, p. 389.

¹⁴¹ A. DE BERSAQUES, note sous Cass., 27 juin 1946, *R.C.J.B.*, 1947, p. 282 ; A. VAN OEVELEN, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », *op. cit.*, p. 608 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 546 ; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », *op. cit.*, pp. 52 et s.

¹⁴² A. DE BERSAQUES, note sous Cass., 27 juin 1946, *op. cit.*, pp. 282-283 ; S. MICHAUX et D. PHILIPPE, « La force majeure », *op. cit.*, pp. II.1.3-170.

¹⁴³ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, p. 609, n° 606bis ; S. MICHAUX et D. PHILIPPE, « La force majeure », *op. cit.*, pp. II.1.3-161 ; A. VAN OEVELEN, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », *op. cit.*, p. 612 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 268 ; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 51.

¹⁴⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, p. 609, n° 606bis ; A. VAN OEVELEN, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », *op. cit.*, pp. 612-613 ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », *op. cit.*, p. 269.

¹⁴⁵ Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 270, note ; *R.C.J.B.*, 1947, p. 268, note A. DE BERSAQUES. Voy. en ce sens également les conclusions de l'avocat général HAYOIT DE TERMICOURT, *R.C.J.B.*, 1947, pp. 270 et s.

¹⁴⁶ A. DE BERSAQUES, note sous Cass., 27 juin 1946, *op. cit.*, pp. 280 et s. ; P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », *op. cit.*, p. 265 ; S. MICHAUX et D. PHILIPPE, « La force majeure », *op. cit.*, pp. II.1.3-161 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Leerboek 1, *op. cit.*, p. 164 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, coll. De Page, t. 2, vol. II, *op. cit.*, p. 1440.

confirme ce principe dans un arrêt subséquent du 17 juin 1993¹⁴⁷. Ainsi, « l'extinction par cas fortuit des obligations d'une des parties entraîne l'extinction des obligations corrélatives de l'autre partie et partant la dissolution du contrat »¹⁴⁸.

Autrement dit, dans les contrats synallagmatiques, l'inexécution de ses obligations contractuelles par la partie empêchée va justifier l'inexécution des obligations corrélatives par le cocontractant. La partie débitrice de l'obligation devenue impossible à exécuter subira la charge des risques. Elle ne pourra exiger l'exécution des obligations par son cocontractant alors que celle-ci reste parfaitement possible¹⁴⁹.

Cette application de l'adage *res perit debitori* n'est toutefois pas absolue. Il est, en effet, dérogé à la règle en présence de contrats translatifs de propriété d'un corps certain¹⁵⁰ : la chose périt aux risques du propriétaire, à savoir, en principe, l'acheteur, selon la règle *res perit domino*¹⁵¹. Quand bien même la livraison deviendrait impossible à la suite de la survenance d'un événement de force majeure, le cocontractant devra exécuter sa prestation (par exemple payer le prix prévu dans le contrat de vente). La règle est toutefois tempérée lorsqu'une mise en demeure transfère la charge des risques, en présence d'une clause contraire ou d'une disposition légale particulière^{152 153}.

30. Enjeu. La crise sanitaire ne fait malheureusement pas encore partie du passé. Au contraire, alors que certains qualifient la situation actuelle de deuxième vague, d'autres mettent déjà en alerte contre une nouvelle recrudescence pour l'hiver 2020–2021. Plusieurs secteurs sont d'ailleurs toujours à l'arrêt.

¹⁴⁷ Cass., 17 juin 1993, *J.T.*, 1993, p. 732, *Pas.*, 1993, I, p. 582.

¹⁴⁸ A. DE BERSAQUES, note sous Cass., 27 juin 1946, *op. cit.*, p. 290.

¹⁴⁹ Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 270.

¹⁵⁰ P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », *op. cit.*, p. 273 ; J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 54.

¹⁵¹ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Leerboek 1, *op. cit.*, p. 164. Voy. aussi Cass., 29 mai 2020, R.G. n° C.19.0292.F qui précise notamment : « Il s'ensuit que le transfert des risques est lié au transfert de la propriété, lequel se réalise, en règle, au moment de l'échange des consentements. Lorsque les parties prévoient un transfert différé de la propriété, le vendeur continue à supporter les risques, à moins qu'elles conviennent de dissocier le transfert des risques de celui de la propriété ».

¹⁵² J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », *op. cit.*, pp. 50-51 ; W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2015, p. 174.

¹⁵³ Notons qu'en matière de vente, lorsque celle-ci porte sur des choses de genre non encore individualisées, le transfert de propriété et des risques s'opère lors de la spécification des choses vendues. La solution diffère en matière commerciale où le transfert a lieu lors de la délivrance (voy. P. WÉRY, « L'obligation de délivrance et la conformité du bien vendu (notion de conformité, conditions et sanctions) », in *Les responsabilités du vendeur*, à paraître, qui cite notamment J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. 3, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 521).

Par conséquent, si les conditions susmentionnées sont remplies, l'une des parties au contrat demeure admise à invoquer la force majeure en vue d'obtenir soit la dissolution du contrat, soit la suspension temporaire de ses obligations¹⁵⁴.

À l'instar des auteurs de l'A.R. n° 15, il convient cependant de bien faire le départ entre les obligations non pécuniaires et les obligations pécuniaires pour lesquelles la force majeure ne pourra être invoquée. Conformément à l'adage *genera non pereunt*, l'on refuse généralement tout effet à la force majeure lorsque l'impossibilité d'exécution porte sur des dettes pécuniaires¹⁵⁵.

Notons que nombreux sont les auteurs qui invitent à la prudence et refusent de conférer à cet adage le statut de principe général du droit¹⁵⁶. Il s'agirait davantage de « l'expression d'une constatation statistique »¹⁵⁷. En effet, en matière de choses de genre, les conditions de la force majeure seront rarement réunies et l'impossibilité d'exécution rarement avérée¹⁵⁸. La règle traduirait ainsi uniquement le *quod plerumque fit*¹⁵⁹. Selon ce courant, l'on pourrait imaginer des cas extrêmes où la force majeure pourrait trouver à s'appliquer à des obligations pécuniaires¹⁶⁰.

Certaines réserves sont de mises dans la mesure où l'admission de la force majeure aux dettes de somme pourrait entraîner des dérives. Ainsi, les auteurs se demandent « si ouvrir la voie à de telles interprétations ne risquerait pas de mettre en danger nombre de rapports contractuels (en matière pécuniaire, on songe ainsi aux conséquences que cette approche pourrait avoir par exemple sur les opérations de crédit, si le débiteur peut s'exonérer de ses obligations en cas de force majeure) »^{161 162}.

¹⁵⁴ Voy. à ce sujet l'excellente contribution de J. VAN ZUYLEN, « Coronavirus et force majeure : questions choisies », *op. cit.*, pp. 382-400.

¹⁵⁵ Voy. toutefois Cass., 10 mai 1996, *Pas.*, 1996, I, pp. 455 et s.

¹⁵⁶ P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », *op. cit.*, p. 262; A. DE BOECK, « *Genera non pereunt*, of toch wel? », *op. cit.*, p. 41.

¹⁵⁷ P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, *ibid.*, p. 262.

¹⁵⁸ J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 41; A. DE BOECK, « *Genera non pereunt*, of toch wel? », *op. cit.*, p. 41.

¹⁵⁹ P.A. FORIERS et C. DE LEVAL, « Force majeure et contrat », *op. cit.*, p. 265.

¹⁶⁰ Voy. tout récemment la contribution fouillée de J. VAN ZUYLEN, « L'obligation de somme peut-elle être atteinte par la force majeure ? Une question de genre ! », note sous Cass., 28 juin 2018, *R.G.D.C.*, 2020, pp. 32 et s.

¹⁶¹ J.-Fr. GERMAIN, Y. NINANE et J. VAN ZUYLEN, « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », *op. cit.*, p. 42.

¹⁶² Une partie de la doctrine s'est inquiétée de la menace d'une appréciation plus souple de l'impossibilité d'exécution sur l'adage (voy., sur ces craintes, W. VAN GERVEN et S. COVEMAERKER, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2006, pp. 172-173; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Leerboek 1, *op. cit.*, p. 163, n° 212). Plusieurs auteurs estiment toutefois ces craintes non fondées (voy. A. VAN OEVELEN, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », *op. cit.*, p. 609; A. DE BOECK, « *Genera non pereunt*, of toch wel? », *op. cit.*, p. 444).

L'arrêt du 28 juin 2018¹⁶³ de la Cour de cassation est d'ailleurs venu rappeler la rigueur du principe¹⁶⁴ en ces termes :

« Financieel onvermogen, ook al is zij het gevolg van externe omstandigheden die voor de schuldenaar overmacht uitmaken, heeft niet tot gevolg dat de schuldenaar van zijn betaalverbintenis is bevrijd ».

§ 3. Le principe de l'exécution de bonne foi des conventions et l'interdiction de l'abus de droit

31. La fonction modératrice de la bonne foi et l'abus de droit. Le principe de la convention-loi est tempéré, en droit belge, par la fonction modératrice de la bonne foi qui interdit au créancier d'abuser de son droit¹⁶⁵. La théorie de l'(interdiction de l')abus de droit trouve sa source, en matière contractuelle, dans l'article 1134, alinéa 3, du Code civil et permet en effet « au juge de contrôler l'usage que fait le titulaire d'un droit subjectif de ce droit »¹⁶⁶. On fait généralement remonter à un arrêt du 19 septembre 1983¹⁶⁷ cet effet modérateur de la bonne foi¹⁶⁸. L'interdiction d'abuser de son droit – érigée en principe général de droit – fut confirmée à plusieurs reprises par la Cour¹⁶⁹.

¹⁶³ Cass., 28 juin 2018, R.G.D.C., 2020, p. 26, note J. VAN ZUYLEN, « L'obligation de somme peut-elle être atteinte par la force majeure? Une question de genre! ». En l'espèce, « La Cour de cassation casse un arrêt de la cour d'appel d'Anvers qui avait libéré une entreprise d'une dette de crédit. La cour d'appel avait estimé qu'en l'espèce – et en particulier en cas de dettes d'argent – un recours à la force majeure ne pouvait être exclu et que le débiteur était libéré de son engagement envers la banque octroyant le crédit parce que l'impossibilité définitive de paiement était la conséquence d'un incendie et qu'en dépit de tous ses efforts, il n'était pas parvenu à payer la banque » (sommaire Jura).

¹⁶⁴ Il n'en demeure pas moins, comme le rappelle Jean van Zuylen dans son commentaire approuvant ledit arrêt, qu'« on pourrait admettre la force majeure lorsque l'exécution d'une obligation de somme est paralysée "pour d'autres raisons que celles tenant à l'impossibilité de se procurer de l'argent" [...]. Il suffit de penser à un "fait du prince" qui empêche le débiteur d'exécuter une obligation monétaire. Ainsi, dans un arrêt du 13 mai 1996, la Cour de cassation a considéré que l'ordre de l'autorité zaïroise, qui interdisait l'indexation des rémunérations en francs belges des agents expatriés au Zaïre, constitue une impossibilité juridique d'exécution dans le chef de l'employeur. Partant, la Haute juridiction n'a pas censuré la décision attaquée qui avait estimé que l'ordre du prince pouvait être considéré comme une cause étrangère libératoire (et ce, bien que l'obligation portât sur le paiement d'une somme d'argent). On pourrait par ailleurs songer à l'embargo comme illustration du "fait du prince" qui serait susceptible de paralyser l'exécution d'une obligation de somme » (J. VAN ZUYLEN, « L'obligation de somme peut-elle être atteinte par la force majeure? Une question de genre! », *op. cit.*, p. 32).

¹⁶⁵ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 462.

¹⁶⁶ S. STIJNS et Fr. AUVRAY, « L'abus de droit : concept, champ d'application et fondements », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 270.

¹⁶⁷ Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55.

¹⁶⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 136; S. STIJNS et Fr. AUVRAY, « L'abus de droit : concept, champ d'application et fondements », *op. cit.*, p. 275.

¹⁶⁹ Voy. Cass., 22 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1999; Cass., 6 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 44, concl. A. HENKES; R.G.D.C., 2012, p. 388, note P. BAZIER, cités par S. STIJNS et Fr. AUVRAY, « L'abus de droit : concept, champ d'application et fondements », *op. cit.*, p. 278, note 37. En faveur d'une consécration, voy. déjà Cass., 5 mars 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 768; Cass., 19 octobre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 212; Cass., 24 septembre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1049.

On enseigne de manière générale qu'adopte un comportement abusif le créancier qui exerce son droit « d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente »¹⁷⁰. Parallèlement à ce critère générique, plusieurs critères particuliers furent dégagés par la jurisprudence et systématisés par la doctrine. Ils constituent des outils particulièrement efficaces pour le juge amené à se prononcer sur l'existence ou non d'un abus de droit.

Est ainsi considéré comme abusif¹⁷¹ :

- l'exercice d'un droit avec l'intention exclusive de nuire à son cocontractant ;
- l'exercice d'un droit-fonction en le détournant de sa finalité ;
- l'exercice d'un droit sans intérêt ou motif légitime ou sans intérêt raisonnable et suffisant, causant ainsi un dommage à autrui ;
- l'exercice d'un droit, entre différentes manières qui procurent la même utilité, en qui sera le plus préjudiciable à autrui ;
- l'exercice d'un droit, parmi diverses manières d'exercer son droit, même avec des utilités différentes, qui cause un avantage disproportionné par rapport aux inconvénients qui en résultent pour l'autre partie ;
- l'exercice d'un droit après avoir, par un comportement objectivement inconciliable avec l'exercice normal de ce droit, créé, dans le chef de l'autre partie, la confiance légitime qu'il ne l'exercerait pas¹⁷².

Les sanctions qui assortissent l'exercice abusif d'un droit par son titulaire sont mises en lumière par la Haute juridiction dans un arrêt du 16 décembre 1982¹⁷³. La Cour énonce pour la première fois que « la sanction d'un tel abus n'est pas la déchéance totale de ce droit, mais seulement la réduction de celui-ci à son usage normal ou la réparation du dommage que son abus a causé »¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, p. 244 ; Cass., 11 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1386 ; Cass., 16 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2050 ; Cass., 3 décembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2173 ; Cass., 9 mars 2009, *Pas.*, 2009, p. 689 ; Cass., 8 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 402 ; Cass., 1^{er} octobre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2470 ; Cass., 17 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 200. Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 138, avec la jurisprudence citée en note 396.

¹⁷¹ Voy. sur ces critères : J. VAN ZUYLEN, « Faute, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *Ann. dr. Louvain*, 2011, pp. 293 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 138 et s. ; P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanction de l'abus de droit », *R.G.D.C.*, 2012, p. 395.

¹⁷² Ce dernier critère s'apparente aux yeux de nombreux auteurs à la théorie de la *rechtsverwerking* pourtant rejetée à plusieurs reprises par notre Cour suprême (voy. P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanction de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 395 ; *id.*, « La renonciation à un droit et la *rechtsverwerking* en droit privé », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, coll. CUP, vol. 149, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 135-198).

¹⁷³ Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472.

¹⁷⁴ Voy. sur ces sanctions, J. VAN ZUYLEN, « Faute, bonne foi et abus de droit : convergences et divergences », *op. cit.*, pp. 337 et s. ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, pp. 465 et s. ; P. BAZIER, « Abus de droit, *rechtsverwerking* et sanction de l'abus de droit », *op. cit.*, pp. 396 et s.

32. Enjeu. L'interdiction de l'abus de droit constituera sans aucun doute un premier rempart contre les assauts des créanciers. L'exercice abusif des sanctions contractuelles pourra, par cette voie, être paralysé. La théorie de l'abus de droit ne constitue toutefois pas la panacée. Les juridictions de fond l'appréhendent de plus en plus avec circonspection, les plaideurs la mettant trop souvent à toutes les sauces...

§ 4. La réforme du droit des obligations¹⁷⁵

Le projet de réforme du droit des obligations pourrait apporter des réponses nouvelles aux problèmes que rencontrent actuellement les entreprises. Tandis que la reconnaissance de la théorie de l'imprévision pourrait permettre un rééquilibrage des contrats, la codification de l'interdiction de l'abus de droit pourrait lui insuffler un nouveau dynamisme. La notion de force majeure pourrait également gagner en clarté.

Nous revenons successivement sur ces potentielles évolutions...

33. La théorie de l'imprévision. En l'état actuel du droit belge, la partie qui subit l'imprévision doit supporter les conséquences néfastes de ce changement de circonstances et n'est pas en mesure d'imposer un rééquilibrage du contrat à moins de faire appel à certains palliatifs (voy. *infra*). Avec la réforme, on voit cependant poindre un changement important.

La théorie de l'imprévision se définit, pour rappel, comme « un concept qui autorise la révision du contrat en cas de survenance, postérieurement à la conclusion du contrat, de circonstances présentant les caractéristiques suivantes : être non imputables à la partie qui s'en prévaut ; être imprévisibles ; avoir pour effet le bouleversement de l'économie contractuelle »^{176 177}. Denis Philippe préfère d'ailleurs à l'imprévision la notion qu'il juge plus appropriée de « bouleversement de l'économie contractuelle »¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Voy. l'avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>. L'avant-projet fut déposé le 3 avril 2019 sous forme de proposition de loi (Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-3709) ainsi que le 16 juillet 2019 (Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2019, n° 55-0174/001). Voy. aussi P. WÉRY, S. STIJNS, E. DIRIX, R. JAFFERALI, B. KOHL, I. SAMOY, Fr. AUVRAY, S. JANSEN, S. VAN LOOCK et J.-C. BOULET, *La réforme du droit des obligations*, Bruges, la Charte, 2019.

¹⁷⁶ D. PHILIPPE, « Le point sur l'imprévision », *J.T.*, 2007, p. 738 ; *id.*, « À propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », note sous Mons, 30 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1087 ; *id.*, « Le bouleversement de l'économie contractuelle en droit belge », *Rev. dr. int. et comp.*, 2015, p. 160.

¹⁷⁷ Une partie de la doctrine requiert toutefois que les circonstances extérieures soient anormales (voy. A. VAN OEVELEN, « Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht », *op. cit.*, p. 622, n° 17). Voy. *contra* : J.-Fr. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision contractuelle », in *Recyclage en droit : Droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 125-126.

¹⁷⁸ D. PHILIPPE, « Le point sur l'imprévision », *op. cit.*, p. 738 ; *id.*, « À propos du déséquilibre du contrat et de l'obligation de renégociation », *op. cit.*, p. 1087 ; *id.*, « Le bouleversement de l'économie contractuelle en droit belge », *op. cit.*, p. 160.

Au contraire de la force majeure, la poursuite de l'exécution du contrat ne devient pas impossible ; elle est rendue « plus difficile » ou « plus onéreuse » de telle sorte qu'elle entraîne un profond déséquilibre de l'économie du contrat¹⁷⁹. La ligne de démarcation entre ces deux figures juridiques se révèle parfois ténue¹⁸⁰. Des voix se font en effet entendre pour que l'impossibilité absolue soit appréciée de manière raisonnable et humaine¹⁸¹, rendant la frontière plus poreuse. En témoignent les clauses de force majeure qui tentent de ranger sous ce qualificatif des événements qui ne répondent pas aux conditions d'impossibilité et d'irrésistibilité¹⁸².

Malgré une tendance favorable, en droit comparé, à la révision du contrat en cas de changement de circonstances¹⁸³, la théorie de l'imprévision n'a toujours pas actuellement droit de cité en Belgique. La Cour de cassation s'est en effet montrée réticente à l'admission d'une telle théorie dans ses arrêts du 19 mai 1921¹⁸⁴, du 14 avril 1994¹⁸⁵ et du 20 avril 2006¹⁸⁶. Le principe de la convention-loi constitue un rempart de taille que la jurisprudence semble répugner à gravir.

L'examen des arrêts plus récents de notre Cour de cassation laisse toutefois entrevoir plusieurs brèches¹⁸⁷ tandis que, pour obvier à la rigueur de la jurisprudence, plusieurs solutions sont proposées par la doctrine^{188 189}.

Tout d'abord, l'un des palliatifs consiste à élargir les contours de la force majeure. La jurisprudence se montre toutefois rétive à un tel assouplissement.

¹⁷⁹ O. CLEVENBERGH, « Les changements significatifs défavorables ("Material Adverse Change") dans les contrats de cession d'actions ou d'actifs en droit belge », *R.D.C.*, 2011, p. 10 ; S. VAN LOOCK, « De imprevisieeler in België: *Quousque tandem abutere patientia nostra?* », *R.G.D.C.*, 2013, p. 448 ; J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 », *D.A.O.R.*, 2012, p. 6.

¹⁸⁰ Voy. J. VAN ZUYLEN, *ibid.*, pp. 8 et s.

¹⁸¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3^e éd., *op. cit.*, p. 562 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 540.

¹⁸² E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique & de l'internet », *Rép. not.*, t. IX, livre 9, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 87 ; Ph. GAUDRAT et Fr. SARDAIN, *Traité de droit civil numérique*, t. 2, Droit des obligations, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 109.

¹⁸³ Voy., sur la théorie de l'imprévision en droit comparé, D. PHILIPPE, « Le point sur l'imprévision », *op. cit.*, pp. 739 et s. ; S. VAN LOOCK, « De imprevisieeler in België: *Quousque tandem abutere patientia nostra?* », *op. cit.*, pp. 454 et s.

¹⁸⁴ Cass., 19 mai 1921, *Pas.*, 1921, I, p. 380.

¹⁸⁵ Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 365.

¹⁸⁶ Cass., 20 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 884.

¹⁸⁷ Voy. Chr. BIQUET-MATHIEU, « Soubresauts en matière d'imprévision. Les arrêts des 19 juin 2009 et 14 octobre 2010 », *R.F.D.L.*, 2012, pp. 239-257 ; J. VAN ZUYLEN, « Quelques réflexions sur l'utilité économique du contrat au départ de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 », *op. cit.*, pp. 5 et s.

¹⁸⁸ Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 557 ; S. VAN LOOCK, « De imprevisieeler in België: *Quousque tandem abutere patientia nostra?* », *op. cit.*, pp. 450 et s.

¹⁸⁹ Voy. sur ces succédanés, Fl. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La protection de la personne en situation de vulnérabilité par le droit des obligations et des contrats dans l'environnement numérique », in H. JACQUEMIN et M. NIHOUL (coord.), *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 82-83.

L'application de l'adage *genera non pereunt* constitue également un frein à son développement¹⁹⁰.

Ensuite, il n'est pas exclu que la révision d'un contrat à la suite d'un bouleversement de l'équilibre contractuel prenne les traits de l'interdiction de l'abus de droit. Ce fondement présente toutefois des inconvénients.

Enfin, les parties soucieuses de se prémunir peuvent parfaitement insérer dans leur contrat une clause de *hardship*¹⁹¹. Ces clauses sont d'ailleurs particulièrement fréquentes dans les contrats internationaux¹⁹².

Ce paysage juridique est toutefois en pleine mutation.

Parmi les grandes innovations de la réforme, on retrouve en effet la consécration de la théorie de l'imprévision¹⁹³. La commission de réforme a entendu, d'une part, répondre à l'appel de la doctrine militante¹⁹⁴ et, d'autre part, aligner le régime belge sur celui de l'ensemble des législations modernes.

L'article 5.77 du projet s'intitule « changement de circonstances ». Ce vocable prend le pas sur la notion d'« imprévision » déjà décrite en doctrine. Les deux premiers alinéas disposent que :

« Chaque partie doit exécuter ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué.

Toutefois, le débiteur peut demander au créancier de renégocier le contrat en vue de l'adapter ou d'y mettre fin lorsque les conditions suivantes sont réunies [...] ».

Le principe de la convention-loi est réaffirmé mais souffre une nouvelle exception.

Les conditions auxquelles la révision du contrat est subordonnée sont énumérées à l'alinéa 2 en ces termes :

- « 1° un changement de circonstances rend excessivement onéreuse l'exécution du contrat de sorte qu'on ne puisse raisonnablement l'exiger ;
- 2° ce changement était imprévisible lors de la conclusion du contrat ;
- 3° ce changement n'est pas imputable au débiteur ;

¹⁹⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 2^e éd., *op. cit.*, p. 558.

¹⁹¹ S. VAN LOOCK, « De imprevisieeler in België: *Quousque tandem abutere patientia nostra?* », *op. cit.*, p. 453.

¹⁹² Voy. sur l'obligation de renégociation dans les contrats internationaux, P. ACCAOUI LORFING, « Les fondements de l'obligation de renégociation », in *La renégociation des contrats internationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 137.

¹⁹³ S. VAN LOOCK, « L'imprévision, enfin! », *Les Pages*, 2018, n° 21,

¹⁹⁴ D. PHILIPPE, « Le point sur l'imprévision », *op. cit.*, p. 741. Voy. contra: X. DIEUX, *Droit, morale et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 676; M. DE POTTER DE TEN BROECK, « Changements de circonstances en droit des contrats », *D.A.O.R.*, 2016, pp. 54-55.

- 4° le débiteur n'a pas assumé ce risque ; et
- 5° la loi ou le contrat n'exclut pas cette possibilité».

Les conséquences qu'entraîne la survenance de ces circonstances exceptionnelles sont expressément régies à l'article 5.77. Dans un premier temps, la partie victime du déséquilibre contractuel peut uniquement inviter son cocontractant à renégocier le contrat ou à y mettre fin de commun accord. Durant la période de négociation, les parties sont tenues de poursuivre l'exécution de leurs obligations. Le juge n'interviendra qu'en cas de refus ou d'échec des négociations. Il pourra « à la demande de l'une ou l'autre des parties, adapter le contrat afin de le mettre en conformité avec ce que les parties auraient raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances, ou mettre fin au contrat en tout ou en partie à une date et selon des modalités fixées par le juge ».

34. La nouvelle conception de la force majeure. La réforme rompt avec la conception classique de la force majeure. La proposition retient la « théorie de "l'impossibilité non imputable" qui exige une double condition pour la force majeure : l'impossibilité pour le débiteur d'exécuter sa prestation et la non-imputabilité au débiteur de cette inexécution »¹⁹⁵. Les critères d'imprévisibilité et d'inévitabilité ne sont plus considérés comme des conditions de la force majeure mais comme des éléments d'appréciation de l'impossibilité non fautive d'exécution¹⁹⁶.

35. La codification de l'interdiction de l'abus de droit dans la réforme. La prohibition de l'abus de droit fait également sa grande entrée dans le projet de réforme du Code civil à l'article 5.7¹⁹⁷. Le paragraphe 1^{er} rappelle le principe selon lequel nul ne peut abuser de son droit. Le critère générique de l'abus de droit est ensuite énoncé au paragraphe 2 en ces termes : « Commet un abus de droit celui qui l'exerce d'une manière qui dépasse mani-

¹⁹⁵ Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0174/001, p. 245.

¹⁹⁶ « Ainsi, par exemple, un ouragan peut parfois être prévu quelques jours à l'avance, mais bien que l'événement soit prévisible, l'inexécution qui en résulte demeure néanmoins non imputable au débiteur lorsque celui-ci s'est trouvé dans l'impossibilité d'exécuter le contrat sans qu'une faute puisse lui être reprochée. De même, la grève des travailleurs du débiteur ou une attaque cardiaque de celui-ci ne constituent pas en soi un événement extérieur au débiteur, mais l'inexécution qui en résulte n'est pas pour autant imputable au débiteur lorsqu'aucune faute ne peut lui être reprochée. Enfin, la force majeure n'est pas libératoire lorsque le débiteur a pris cette circonstance à ses risques (p. ex. par une stipulation contractuelle) ou lorsqu'il avait déjà été mis en demeure précédemment » (Proposition de loi portant insertion du livre 5 « Les obligations » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0174/001, p. 246).

¹⁹⁷ Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp_van_wet_verbintenissenrecht.pdf.

festement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances». Le troisième et dernier paragraphe traite de la sanction de l'abus de droit qui consiste en «la réduction du droit à son usage normal sans préjudice de la réparation du dommage que l'abus a causé». Il est à cet égard précisé dans les travaux préparatoires que «la réduction peut aller jusqu'à priver le titulaire du droit de la possibilité de l'invoquer dans le cas d'espèce»¹⁹⁸.

L'article 5.7 doit être lu en parallèle avec l'article 5.76 du projet qui fournit une nouvelle assise juridique au principe d'exécution de bonne foi des conventions. La fonction modératrice de la bonne foi est coulée dans l'alinéa 2 dudit article. Il complète l'édifice en précisant que «[c]onformément à l'article 7, nul ne peut abuser des droits qu'il tire du contrat». Le projet innove également dans la mesure où sont désormais condamnées les limitations et exclusions du principe d'exécution de bonne foi des conventions. Les clauses dérogatoires sont réputées non écrites.

La liste des critères présente dans la première mouture du projet¹⁹⁹ a toutefois disparu du projet de réforme. On ne retrouve plus trace du fait que «constitue notamment un abus de droit l'exercice d'un droit :

- 1° dans la seule intention de nuire à autrui ;
- 2° sans intérêt raisonnable et suffisant ;
- 3° causant un préjudice sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit ;
- 4° à une fin autre que celle en vue de laquelle le droit a été reconnu à son titulaire ; ou
- 5° d'une manière qui est objectivement inconciliable avec le comportement de son titulaire, trompant ainsi la confiance légitime qu'il avait fait naître dans le chef d'autrui »²⁰⁰.

Les raisons sur cette suppression ne sont toutefois pas explicitées par les auteurs du projet. On suppose que les observations reçues dans le cadre de la consultation publique sont à l'origine de ce changement d'approche. Sans attendre le

¹⁹⁸ Avant-projet de loi approuvé, le 30 mars 2018, par le Conseil des ministres, tel que préparé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017 et adapté, eu égard aux observations reçues depuis le début de la consultation publique lancée le 7 décembre 2017, Exposé des motifs, p. 24, https://justice.belgium.be/sites/default/files/downloads/2018-04-27_bewijsr_mvt.pdf.

¹⁹⁹ Avant-projet de loi portant insertion du livre VI « Les obligations » dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 7 décembre 2017 publiée temporairement sur le site du ministère de la Justice et soumise à consultation.

²⁰⁰ Voy. art. 7, § 2, de l'avant-projet de loi portant insertion du livre VI « Les obligations » dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit des obligations instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 7 décembre 2017 publiée temporairement sur le site du ministère de la Justice et soumise à consultation.

dépôt au Parlement du projet de réforme, le dernier critère a pourtant d'ores et déjà trouvé écho dans la jurisprudence de certains juges du fond²⁰¹.

Somme toute, un projet de réforme qui offre donc des opportunités que le législateur – espérons-le – ne manquera pas de saisir.

²⁰¹ P. WÉRY, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations et ses premiers échos en jurisprudence », note sous J.P. Charleroi, 8 mars 2018, *R.G.D.C.*, 2018, p. 296.