

PACIOLI



Points d'attention fiscaux en cas de rééchelonnement de dette

Dans des périodes difficiles sur le plan économique, les entreprises sont confrontées à la préoccupation constante du paiement des dettes et de la perception des créances. Il existe plusieurs techniques permettant de se concerter sur le rééchelonnement d'une dette, de sorte que le débiteur est protégé d'une faillite et que le créancier récupère totalement ou en grande partie son argent. La manière dont le rééchelonnement de dette a lieu est notamment déterminée par des considérations fiscales.

1. Généralités

Lorsqu'un débiteur se trouve dans une situation financière précaire, le créancier doit éventuellement comptabiliser une réduction de valeur ou moins-value (totale ou partielle) sur sa créance.

Les moins-values sur créances sont fiscalement déductibles dans la période imposable au cours de laquelle la créance a été réellement et définitivement perdue⁽¹⁾. Des provisions exonérées pour pertes probables peuvent être prévues pour des réductions de valeur (art. 48 CIR92 et art. 22-23 AR/CIR92).

Une exonération fiscale pour réduction de valeur et provisions s'applique spécifiquement aux créances sur les cocontractants pour lesquels un plan de réorganisation est homologué ou pour lesquels un accord amiable a été constaté par le tribunal en vertu de la Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, et ce durant les périodes imposables jusqu'à l'exécution intégrale du plan ou de l'accord amiable ou jusqu'à la clôture de la procédure (art. 48, deuxième alinéa CIR92). Le bénéfice réalisé dans ce cadre par le débiteur, puisqu'une dette est apurée, est exonéré (art. 48/1 CIR92).

Afin d'éviter la perte d'une créance, les parties peuvent convenir de rééchelonner la dette. Voyons brièvement quelques techni-

ques utilisables dans ce cadre (qui n'entrent pas dans le champ d'application de la Loi du 31 janvier 2009 précitée)⁽²⁾.

2. Remise de la dette (*waiver of debt*)

Lorsque la perception effective d'une créance est incertaine, le créancier peut consentir à remettre totalement ou partiellement la créance. La remise peut porter sur le principal, les intérêts ou les deux.

Pour le débiteur, la remise de dette représente une réduction de passif qui contribue au bénéfice imposable de l'année dans laquelle la remise de dette est accordée⁽³⁾. Dans le chef du créancier, la remise de dette constitue en principe des frais professionnels fiscalement déductibles (art. 49 CIR92).

Si le débiteur et le créancier sont des entreprises liées, il est possible que la remise soit considérée comme une opération anormale (non conforme au marché). Cela signifie que l'avan-

(2) Pour un aperçu détaillé, voir H. Lamon et M. Chalot, « Tax Treatment and Consequences of Debt Restructuring and Workouts », *DFI*, 2005, 277-295.

(3) Anvers, 13 mai 2003, www.fiscalnet.be; *Com. IB*, n° 24/73.

SOMMAIRE

- **Points d'attention fiscaux en cas de rééchelonnement de dette** **1**
- **Assurance sociale en cas de faillite** **3**
- **L'assurance faillite étendue temporairement aux indépendants en difficulté** **5**
- **Garanties, sûretés réelles et engagements** **6**

(1) Cass., 15 mai 1987, *F.J.E.*, 1987, 320.

tage qui en découle peut être ajouté au bénéfice du créancier (si le débiteur est une société étrangère, art. 26 CIR92), et est non déductible (art. 49 CIR92) ou que le débiteur ne peut appliquer aucune déduction (pertes, intérêts notionnels, RDI etc.; art. 79 et 207 CIR92) au montant de l'avantage obtenu. Dans les cas transfrontaliers, la remise de dette peut donner lieu à une adaptation du bénéfice (art. 185, § 2 CIR92).

Une remise de dette peut toutefois être justifiée dans certaines circonstances de sorte que ces dispositions fiscales correctrices ne sont pas applicables. La remise peut être motivée par les intérêts commerciaux et financiers futurs du créancier dans le débiteur, par la réputation commerciale et financière du groupe, par les mesures qui sont prises pour rétablir la situation financière du débiteur, pour assurer la continuité et la poursuite de ses activités normales, pour maintenir l'emploi, etc.⁽⁴⁾. Dans ce cadre, le créancier ne peut toutefois pas mettre la situation économique de sa propre entreprise en péril (par exemple parce que le créancier devient déficitaire en raison de la remise de dette)⁽⁵⁾.

Afin d'obtenir préalablement une certitude sur le caractère normal de la remise de dette, les contribuables choisissent souvent d'en soumettre les motifs au Service des Décisions anticipées. Le Service confirme le principe que la remise de dette n'est pas considérée comme un avantage anormal ou bénévole, à condition que de bonnes raisons soient présentes et que le contribuable accepte que la remise soit accordée à condition qu'elle renaisse en cas de retour à une situation plus favorable. La remise est, en d'autres termes, annulée dans le cas où la situation financière du débiteur s'améliore considérablement⁽⁶⁾. La renaissance de la dette constitue alors des frais fiscalement déductibles pour le débiteur et un bénéfice imposable pour le créancier.

Il n'est enfin pas exclu qu'une remise partielle de dette sous condition de renaissance en cas de retour à une meilleure situation financière soit considérée comme une novation de dette. Dans ce cas, le précompte mobilier (15%) est dû sur les intérêts attribués ou payés en cas de renaissance effective de la dette, excepté en cas d'exonération.

3. Conversion de la dette en capital (*debt to equity swap*)

Le créancier et le débiteur peuvent convenir que le premier apporte sa créance dans le capital du second en échange d'actions. La question la plus pertinente qui se pose dans ce cas sur le plan fiscal est l'évaluation de la créance apportée.

Si l'apport a lieu à la valeur du marché de la créance, le créancier peut déduire fiscalement la différence avec la valeur nomi-

nale et le débiteur réalise un bénéfice équivalent. Si l'apport a lieu à la valeur nominale de la créance, la question se pose de savoir si le fisc peut prétendre que l'apport aurait dû avoir lieu à la valeur du marché de sorte que la différence avec la valeur nominale puisse être imposée (éventuellement comme avantage anormal ou bénévole). La jurisprudence et la doctrine adoptent des points de vue contradictoires en la matière⁽⁷⁾, de sorte qu'il est conseillé de faire confirmer le régime fiscal par un ruling (en particulier en ce qui concerne l'application des art. 26, 79, 207 et 185, § 2 CIR92)⁽⁸⁾.

Les intérêts dus à la date de la conversion sont censés être attribués lors de la conversion de la dette en capital. Sauf exonération, le précompte mobilier est dû.

4. Warrants et prêt convertible

Une participation dans le capital du débiteur peut également être acquise par l'octroi de warrants (appelés *bare warrants*) ou par la conversion de la dette en une dette convertible (*convertible debt*) en compensation d'une réduction des intérêts ou du principal de la dette.

Les warrants offrent la possibilité à leur détenteur de souscrire à de nouvelles actions qui seront émises dans le cadre d'une augmentation de capital ultérieure et ce à des conditions fixées au moment de leur émission. L'octroi de *bare warrants* par une entreprise en difficulté en échange d'une réduction des intérêts ou du principal de la dette ne donne en principe pas lieu à un avantage anormal ou bénévole. Les plus-values que le créancier réalise lors de l'exercice des warrants et/ou lors de la vente ultérieure des actions sont exonérées d'impôts (art. 192 CIR92). Les plus-values sur la cession des warrants sont toutefois imposables.

Un prêt convertible est une créance qui peut être convertie en actions de la société débitrice par son détenteur. Les plus-values réalisées par le créancier lors de la conversion d'un tel prêt (consistant en la différence entre la valeur du marché des actions obtenues en échange et la valeur de la créance), sont imposables comme bénéfice. Les moins-values sont fiscalement déductibles⁽⁹⁾.

Il existe une autre différence importante sur le plan du précompte mobilier. Le changement en un prêt convertible entraîne une novation de la dette par laquelle le précompte mobilier est dû sur les intérêts attribués ou payés à la date du changement du prêt, sauf exonération. Ce n'est pas le cas pour l'émission de *bare warrants*.

(4) Anvers, 10 mai 1994, *F.J.E.*, 1994, 373; Mons, 19 mars 2004, www.fiscalnet.be; décision anticipée n° 800.013 du 17 juin 2008.

(5) Mons, 18 mai 2001, *F.J.E.*, 2001, 576.

(6) Voir par ex. décision anticipée n° 800.390 du 16 décembre 2008, www.fisconet.fgov.be.

(7) Voir par ex. Bruxelles, 18 janvier 2001, *T.F.R.*, 2001, 477, note C. Chevalier.

(8) Voir par ex. décision anticipée n° 600.387 du 27 février 2007 (apport à la valeur nominale).

(9) *Com. IB*, n° 192/22.

5. Conclusion

Outre les facteurs comptables, financiers et liés au droit des sociétés, les considérations fiscales jouent un rôle important lors de la sélection et de l'implémentation de techniques de rééchelonnement de dettes. Le régime fiscal ne se prête pas toujours à une solution optimale pour le débiteur et le créancier. Les

conséquences fiscales concrètes ne sont pas non plus toujours claires de sorte que les parties concernées sont contraintes à obtenir une confirmation via une décision anticipée.

Kim BRONSELAER

Avocat Stibbe

Assistant en droit fiscal VUB



Assurance sociale en cas de faillite

1. Introduction

Dans la loi-programme du 27.04.2007 (M.B., 8.05.2007), l'assurance sociale des indépendants en cas de faillite a été modifiée. Cette modification a un double but :

- d'une part, faire passer de six mois maximum à douze mois maximum le droit à la prestation financière ;
- d'autre part, relever le montant de cette prestation financière, pour la faire passer d'un montant forfaitaire à celui de la pension minimum d'un indépendant.

2. Quels sont les indépendants concernés ?

L'assurance sociale en cas de faillite s'applique aux :

- commerçants faillis, c'est-à-dire aux indépendants faillis, ainsi qu'aux gérants, administrateurs et associés actifs d'une société commerciale déclarée en faillite ;
- non-commerçants faillis, c'est-à-dire aux indépendants qui n'ont pas la qualité de commerçant ou qui ne sont pas mandataires de société lorsqu'ils se trouvent dans l'impossibilité de faire face à leurs dettes exigibles ou à échoir (par exemple : les aidants, les professions libérales).

3. Quelle est la portée de cette assurance ?

L'assurance sociale en cas de faillite prévoit :

- d'une part, l'ouverture des droits en matière d'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, secteur des soins de santé et en matières de prestations familiales ;
- d'autre part, l'octroi d'une prestation financière mensuelle.

4. Conditions d'octroi pour pouvoir en bénéficier

Afin de bénéficier des droits aux soins de santé et aux allocations familiales, l'indépendant doit remplir quelques conditions :

- il doit pouvoir prouver sa qualité d'indépendant, c'est-à-dire avoir été assujéti au statut social des indépendants durant au minimum un an (ou 4 trimestres) qui précède, selon le cas, le 1^{er} jour du trimestre suivant celui du jugement déclaratif de faillite ou celui du jugement de résolution du concordat de faillite ;

- il doit avoir été redevable des cotisations sociales du chef d'une activité indépendante exercée à titre principal ;
- il ne se trouve pas dans une situation lui ouvrant des droits à une pension de retraite ;
- il ne peut bénéficier de droits à des prestations sociales dans un autre régime obligatoire de pension, d'allocations familiales ou de remboursement de soins de santé, au moins équivalentes à celles prévues pour le statut d'indépendant, du chef de l'activité ou d'une ancienne activité de son conjoint ;
- il doit avoir sa résidence principale en Belgique ;
- le failli ne peut avoir été condamné pour la banqueroute ou faillite frauduleuse.

Pour ce qui est l'octroi de la prestation financière, seules les conditions de base ci-dessous sont d'application, à savoir :

- prouver l'assujettissement à l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des indépendants pendant les quatre trimestres qui précèdent le premier jour du trimestre suivi du jugement déclaratif de faillite ;
- avoir été redevable pour la période visée ci-dessus, des cotisations sociales visées à l'article 12, § 1^{er} de l'arrêté royal n° 38 précité ;
- avoir, en Belgique, sa résidence principale au sens de la Loi du 8 août 1983 organisant un registre national des personnes physiques ;
- à partir du premier jour ouvrable qui suit celui au cours duquel le jugement déclaratif de faillite a été prononcé, ne pas avoir exercé d'activité professionnelle ou ne pas pouvoir prétendre à des revenus de remplacement.

5. Aide financière

Si toutes les conditions légales sont remplies, la prestation financière pourra être octroyée pour une période de douze mois maximum au lieu de six mois maximum.

Il ne s'agit pas d'un montant forfaitaire, mais d'un montant égal au montant mensuel de la pension minimum d'un indépendant. Selon que l'indépendant concerné a ou non au moins une personne à charge, le montant mensuel de la prestation sera égal au montant mensuel de la pension minimum au taux « ménage » ou au taux « isolé » dans l'autre cas.

Par personne à charge, il y a lieu d'entendre:

- le conjoint qui fait partie du ménage de l'indépendant, qui n'exerce pas d'activité professionnelle et qui ne bénéficie pas de pension, d'indemnité ou d'allocation quelconque en vertu de la législation belge ou étrangère;
- la personne cohabitant avec l'indépendant et qui n'exerce pas d'activité professionnelle et qui ne bénéficie pas de pension, d'indemnité ou d'allocation quelconque en vertu de la législation belge ou étrangère;
- les enfants cohabitants avec le demandeur lorsque ce dernier assume l'entretien;
- les ascendants (parents, grands-parents) vivant sous le même toit que l'intéressé et qui n'exerce pas d'activité professionnelle et qui ne bénéficie pas de pension, d'indemnité ou d'allocation quelconque en vertu de la législation belge ou étrangère.

Les personnes à charge mentionnées ci-dessus peuvent exercer une activité professionnelle ou bénéficier d'une pension, d'une indemnité ou d'une allocation quelconque en vertu d'une législation belge ou étrangère, pour autant que les revenus qui en proviennent ne dépassent pas un certain montant par mois:

- les revenus bruts ne peuvent dépasser le montant de 789,27 € par mois;
- en cas d'incapacité indépendante: les revenus ne peuvent pas dépasser le montant net mensuel de 631,42 €.

Modification de la situation familiale:

Il arrive qu'une modification intervienne dans la situation familiale de l'indépendant concerné pendant la période durant laquelle il bénéficie de la prestation financière d'assurance sociale en cas de faillite. Concrètement, soit une personne devient personne à charge de l'indépendant concerné, soit que la seule personne qu'il avait à charge, cesse de l'être.

Etant donné que la prestation financière change quand l'indépendant concerné a ou non au moins une personne à charge, le montant mensuel doit être adapté.

Le changement dans le montant mensuel s'opère à partir du mois qui suit cet événement.

6. Montant de l'aide financière

La prestation financière est versée à partir du mois qui suit celui du jugement déclaratif de faillite ou à partir du mois qui suit celui au cours duquel l'indépendant met fin à son activité.

Montant mensuel (au 1^{er} juin 2009):

- sans personne à charge: 893,81 €
- avec personne à charge: 1.178,09 €.

7. Fiscalité

La prestation financière versée dans le cadre de l'assurance en cas de faillite est un revenu de remplacement à mentionner sur la fiche 281.18 dans le cadre 10, c, en face du code 271.

8. Entrée en vigueur

Les nouvelles dispositions évoquées ci-dessus sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2007 et s'appliquent à partir de cette date.

Les modifications à l'assurance sociale en cas de faillite s'appliquent aux seules faillites prononcées au plus tôt le 1^{er} juillet 2007, ou aux cessations d'activité indépendante intervenues au plus tôt le 1^{er} juillet 2007.

Les indépendants concernés qui, à la date du 30 juin 2007, bénéficient déjà de la prestation financière et dont le droit à l'octroi de cette prestation continue à courir après le 1^{er} juillet 2007, **ne peuvent pas bénéficier** des avantages de cette nouvelle disposition.

Les indépendants concernés qui ont été déclaré en faillite ou ont cessé leur activité au cours du mois de juin 2007 et bénéficient de la prestation financière à partir du 1^{er} juillet 2007, ne peuvent pas bénéficier **non plus** des avantages de cette nouvelle disposition.

L'ancien régime continue à s'appliquer intégralement à ces indépendants.

Daniel BINAMÉ

Responsable Marketing & Communication
Assurances sociales pour indépendants PARTENA

Dans le prochain article de ce numéro, on donne un aperçu des mesures prises pour les indépendants en difficulté en ce qui concerne l'assurance faillite.

L'assurance faillite étendue temporairement aux indépendants en difficulté

Les indépendants en difficulté peuvent bénéficier de l'assurance faillite durant six mois. A cet effet, ils peuvent introduire une demande auprès de leur caisse d'assurances sociales jusqu'au 31 décembre 2009. Ce filet de sécurité préventif doit leur éviter d'en arriver à une faillite effective.

L'accès à l'assurance a été ouvert aux trois catégories d'indépendants suivantes :

- ceux qui ne sont plus en mesure de payer leurs dettes exigibles ou à échoir ;
- ceux qui font l'objet d'une réorganisation judiciaire, ainsi que les gérants, administrateurs et associés actifs d'une société commerciale qui fait l'objet d'une réorganisation judiciaire ;
- ceux qui sont confrontés à une diminution considérable du chiffre d'affaires ou des revenus, les plaçant dans une situation telle qu'ils courent un risque de faillite ou de déconfiture.

Les indépendants ont droit, durant six mois, à une allocation dont le montant correspond à l'allocation à laquelle a droit un failli. Celui qui fait par la suite faillite, en dépit de cette mesure de soutien, a encore droit à l'assurance faillite au maximum durant les douze mois suivant sa faillite.

Un règlement collectif de dettes

Les indépendants placés en règlement collectif de dettes peuvent bénéficier de cette extension temporaire de l'assurance faillite dans trois cas. Entre le 1er juillet 2009 et le 31 décembre 2009, le juge doit :

- homologuer leur plan d'apurement amiable ;
- leur imposer un plan d'apurement judiciaire ;
- revoir ou adapter un plan d'apurement existant.

Une réorganisation judiciaire

Les indépendants qui ont obtenu un jugement d'ouverture d'une réorganisation judiciaire entre le 1er juillet 2009 et le 31 décembre 2009, ont également droit à l'allocation de l'assurance faillite. Il existe toutefois quelques exceptions : celui qui renonce à son action en réorganisation judiciaire en cours de procédure et exécute quand même les obligations qui lui incombent, en est exclu. Est aussi écarté celui qui n'est manifestement plus en mesure d'assurer la continuité de son entreprise (ou de ses activités) et demande une fin anticipée de la procédure. Et enfin, l'indépendant perdra aussi son droit si une fin anticipée de la procédure est prononcée d'office (à défaut d'avoir déposé les pièces requises).

Une diminution du chiffre d'affaires ou des revenus

Celui qui invoque une « diminution considérable de son chiffre d'affaires ou de ses revenus », doit remplir au moins 2 des 6 critères énoncés ci-après au moment de sa demande.

Sa demande doit en outre être motivée. Le risque de faillite ou de déconfiture doit en effet être établi par une déclaration d'un comptable agréé, d'un expert-comptable externe ou d'un réviseur d'entreprises ou, à défaut, par une « déclaration sur l'honneur accompagnée d'éléments objectifs ».

Les critères

1/ Une baisse du chiffre d'affaires de 50 %

Les déclarations TVA du 3ème ou 4ème trimestre de 2008 ou du 1er trimestre de 2009 font apparaître que le chiffre d'affaires de l'entreprise ou, si l'indépendant concerné a plusieurs entreprises, le chiffre d'affaires total de l'ensemble de ses entreprises, a baissé d'au moins 50 % par rapport, respectivement, au 3ème ou au 4ème trimestre de 2007 ou au 1er trimestre de 2008.

2/ Un plan d'apurement

L'indépendant a obtenu, au plus tôt le 1er juillet 2008 et au plus tard le 30 juin 2009, un plan d'étalement pour le paiement de ses dettes personnelles à la TVA, à l'impôt des personnes physiques, aux cotisations sociales d'indépendant ou aux cotisations sociales des travailleurs salariés.

3/ Les dettes fiscales et sociales

Les dettes de l'indépendant en matière de TVA, d'impôt des personnes physiques, de cotisations sociales d'indépendant ou de cotisations sociales des travailleurs salariés ont fait l'objet d'une contrainte ou d'une citation à comparaître en justice au plus tôt le 1er juillet 2008 et au plus tard le 30 juin 2009.

4/ Un crédit de caisse résilié

L'indépendant disposait d'un crédit de caisse auprès d'un organisme financier, lequel l'a toutefois résilié durant la période comprise entre le 30 juin 2008 et le 31 décembre 2009.

5/ Des cocontractants en faillite

Au moins 50 % du chiffre d'affaires réalisé par l'indépendant en difficulté durant la période allant du 1er juillet 2008 au 30 juin 2009 inclus proviennent d'entreprises qui ont été déclarées en faillite, en concordat judiciaire ou en réorganisation

judiciaire, ou encore d'indépendants en règlement collectif de dettes, durant cette période allant du 1er juillet 2008 au 30 juin 2009 inclus.

6/ La dispense de cotisations sociales

L'indépendant a obtenu, durant la période comprise entre le 30 juin 2008 et le 31 décembre 2009, une dispense de cotisations sociales pour 2 trimestres au moins.

Si nécessaire, l'indépendant doit joindre à sa demande motivée des pièces justificatives démontrant qu'il remplit les critères précités. La demande se fait par pli recommandé ou dépôt d'une requête auprès d'un bureau de la caisse d'assurances sociales.

Un formulaire de renseignements

Cette extension temporaire de l'assurance sociale en cas de faillite s'accompagne d'un nouveau formulaire de renseignements, adapté, qui a été publié le 5 août 2009 au Moniteur belge. Avec lui, les caisses d'assurances sociales disposent des données exactes leur permettant d'appliquer correctement cette mesure de crise.



Garanties, sûretés réelles et engagements

1ère partie : aspects juridiques et comptables

1. Introduction

La comptabilité enregistre l'historique des actes passés, exprimables en unités monétaires, et établit les comptes annuels à une date précise. Ces derniers doivent refléter l'image fidèle de la situation de l'entreprise. Mais la comptabilité n'enregistre pas, ou de façon incomplète, les risques et les incertitudes qui pèsent sur l'entreprise. La Loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité oblige les entreprises à comptabiliser les obligations et les engagements et à les reprendre dans l'inventaire annuel.

Le plan comptable minimum normalisé contient plusieurs comptes (classe 0) dans lesquels sont enregistrés droits et engagements et l'arrêté royal du 12 septembre 1983 en détermine le contenu. En application de la loi et des arrêtés d'exécution l'annexe au bilan, partie intégrante des comptes annuels, contient plusieurs mentions sur les droits, mais principalement sur les engagements hors bilan.

Il nous paraît utile d'attirer l'attention des professionnels de la comptabilité sur les caractéristiques des droits et engagements, sur leurs aspects juridiques et comptables et enfin sur leur place et l'importance dans l'annexe au bilan des entreprises et des grandes et très grandes associations. Le modèle d'inventaire des petites associations prévoit également un poste reprenant les droits et engagements sans détails toutefois.

2. Garanties personnelles

Il s'agit de garanties personnelles constituées ou irrévocablement promises par l'entreprise (association) en faveur de ses créanciers ou en faveur de tiers (par exemple des sociétés ou

entités liées), en vue de garantir la bonne fin des dettes ou engagements que ces derniers ont contractés à l'égard de leurs créanciers autres que l'entreprise (association) considérée.

2.1. Engagements sur effets de commerce

Engagements qui résultent pour l'entreprise (association) d'effets de commerce en circulation tirés, endossés ou avalisés par elle, à l'exception des acceptations bancaires tirées par l'entreprise (association) elle-même.

En vertu du droit commercial, le porteur d'une lettre de change peut exercer son droit de recours contre les endosseurs, le tireur ou les autres obligés si le paiement n'a pas eu lieu à l'échéance ou même avant dans certains cas.

A noter que l'engagement ne subsiste que tant que l'effet reste en circulation.

Si l'effet paraît à l'actif du bilan (par exemple tenu en portefeuille ou inscrit en effets à l'encaissement), le risque lié à l'engagement ne doit pas être répété en annexe « hors bilan ».

Les associations peuvent également faire usage d'effets de commerce si leur activité se situe principalement dans la sphère commerciale comme par exemple les ateliers protégés.

2.2. Autres garanties

Parmi les autres garanties personnelles il faut citer :

2.2.1. La solidarité

Il y a solidarité de la part des débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière que chacun puisse être contraint pour la totalité. La solidarité ne se présume pas sauf si elle a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition d'une loi (articles 1200 et 1202 Code civil). C'est le cas quand le Code des

sociétés prévoit la solidarité entre les associés d'une société en nom collectif (art. 204 C.Soc.), entre les associés commandités d'une société en commandite simple (art. 202 C.Soc) et entre les associés d'une société coopérative à responsabilité illimitée (art. 352-2^{me} al. C.Soc.)

2.2.2. Le cautionnement

Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers les créanciers à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même (art. 2011 Code civil). Le cautionnement ne se présume pas il doit être exprès. Il est fréquent qu'une société (association) souscrive des engagements relatifs à la solvabilité d'une société (association) du groupe. Prenant souvent la forme d'une « lettre d'intention » il faut que le cautionnement soit exprès pour qu'il y ait obligation juridique.

2.2.3. Garantie à première demande

La garantie à première demande est un contrat par lequel le garant s'engage comme le débiteur, à ce qu'un fait déterminé se réalise (p.ex. le remboursement d'un acompte). Le garant peut également s'obliger à effectuer un versement en cas de manquement du donneur d'ordre aux obligations découlant d'une soumission.

3. Des sûretés réelles

Les sûretés réelles portent sur une chose (« res » en latin).

3.1. Principes généraux

L'obligation émanant des sûretés réelles repose sur des principes fondamentaux :

- l'affectation générale du patrimoine aux engagements (art. 7 Loi hypothécaire) ;
- le gage commun des créanciers (art. 8 Loi hypothécaire) à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ;
- les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques (art. 9 Loi hypothécaire).

3.2. Les diverses sûretés réelles

Les sûretés réelles peuvent être classées en trois catégories :

- le gage conventionnel ;
- les privilèges légaux qui s'entendent sur les meubles et les immeubles ;
- l'hypothèque légale, conventionnelle ou testamentaire.

Pour être opposable aux tiers ou aux autres créanciers chacune de ces sûretés est soumise à des formes et à des exigences de publicité distinctes.

3.2.1. Le gage

A. Le gage sur des biens meubles dont la caractéristique essentielle est la dépossession du débiteur qui, en vertu de la convention, est tenu de remettre la chose entre les mains du

créancier ou, le cas échéant, entre les mains d'un tiers convenu. Le gage est une sûreté conventionnelle. La rédaction d'un acte par écrit (authentique ou sous seing privé) et son enregistrement ne sont prescrits qu'en matière excédant 375 euro. Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers (art. 2073 Code civil). A remarquer que le gage confère un privilège sur le produit de la chose et non sur la chose elle-même.

B. Le gage sur fonds de commerce est régi par la Loi du 15 octobre 1919. Il constitue une forme spéciale de sûreté qui n'exige pas de dépossession du débiteur et porte sur un ensemble de biens servant à l'activité de l'entreprise. Selon la loi, ces biens sont des éléments incorporels qui ne figurent pas à l'actif du bilan (le « goodwill ») ou corporels tels les marchandises à concurrence de 50 p.c. de leur valeur et le matériel (art. 2 de la loi).

Le gage sur fonds de commerce est constitué uniquement en faveur d'un établissement de crédit, par acte authentique ou sous seing privé rendu public et opposable par inscription dans un registre spécial tenu par le conservateur des hypothèques (art. 4 et 7 loi). L'inscription conserve le gage pendant dix ans et peut être renouvelée ou radiée avant ce délai (art. 9 loi). Souvent la mise en gage du fonds de commerce constitue un supplément à la mise en gage d'un immeuble. A ce moment, l'inscription est commune et il n'y a pas de montant séparé inscrit pour le fonds de commerce.

3.2.2. Les privilèges

Le privilège est une sûreté accordée par la loi en considération de la qualité de la créance et non celle du créancier (à l'exception du trésor public et de certains organismes publics dont l'ONSS et l'INAMI).

Le privilège est exclusivement légal et ne peut être créé par convention. Les principaux privilèges prévus par la Loi hypothécaire sont :

A. Le privilège du bailleur d'un immeuble (art. 20-1^o Loi hypothécaire).

Le propriétaire d'un immeuble loué ou affermé bénéficie d'un privilège sur le prix des biens qui garnissent l'immeuble pour recouvrement de sa créance de loyers ou fermages.

La nature du bail ne joue pas de rôle déterminant.

B. Le privilège du vendeur de biens mobiliers (art. 20-5^o Loi hypothécaire).

Le privilège du vendeur garantit le paiement de la créance du vendeur de biens mobiliers en principal et en accessoires, tant que le bien reste en possession du débiteur. A noter que ce privilège est soumis à plusieurs types de déchéance dont la plus fréquente est la faillite.

Le privilège du vendeur de biens meubles cesse d'avoir effet si les objets mobiliers sont devenus immeubles par destination ou par incorporation, sauf s'il s'agit de machines, appareils, outillage et autre matériel d'équipement professionnel, employés dans les entreprises. Dans ce cas, et pour ces objets, le

privilege est maintenu pendant cinq ans à partir de la livraison ; toutefois il n'a d'effet que pour autant que, dans la quinzaine de la livraison, une copie certifiée conforme par le vendeur, de la facture, même non acceptée, ou tout acte constatant la vente, soit déposée au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement du domicile du débiteur et à défaut de celui-ci, à sa résidence (art. 20-5° loi hypothécaire).

C. La clause résolutoire expresse et la réserve de propriété

Le privilege du vendeur étant frappé d'une série de déchéances, le vendeur peut se protéger par d'autres moyens.

L'introduction d'une clause résolutoire expresse dans la convention est admise et parfaitement applicable.

Le bien vendu entre en propriété dans le patrimoine de l'acheteur ; en contrepartie, le vendeur acquiert une créance conditionnelle à concurrence du montant du prix. Ces opérations apparaissent dans le bilan des deux parties et il n'y a pas lieu d'en faire mention à l'annexe.

Une autre clause beaucoup plus fréquente est la réserve de propriété. De nombreux contrats prévoient que le transfert de la propriété ne se fera qu'au moment où le paiement intégral du prix sera effectué. Le vendeur reste propriétaire jusqu'à ce que la totalité du prix soit versé. En cas de survenance de concours ou de faillite, la clause de réserve de propriété ne peut être opposée aux autres créanciers. L'établissement de crédit ayant financé l'acquisition se fait parfois subroger dans le droit de réserve de propriété en application de l'article 1249-1° du Code civil.

La réserve de propriété est actée dans le chef de l'acquéreur en compte d'engagements au même titre qu'une sûreté (avis Commission des Normes comptables n° 106-4).

D. Le privilege sur immeubles

Le vendeur d'un immeuble est un créancier privilégié pour le paiement du prix de l'immeuble vendu. En pratique, cette disposition de l'article 27-1° de la Loi hypothécaire cédera le pas à l'hypothèque qui est plus courante.

3.2.3. Les hypothèques

L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Le droit du créancier consiste au droit d'être payé par préférence sur le prix de l'immeuble. Contrairement au gage, il n'y a pas de dépossession du bien grevé par le débiteur. L'hypothèque est de nature indivisible et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles. L'hypothèque suit l'immeuble affecté dans quelques mains qu'il puisse passer.

L'hypothèque est légale, testamentaire ou conventionnelle. Elle doit être constituée par un acte authentique et soumis à des règles de publicité par inscription au bureau de conservation des

hypothèques. La sécurité du crédit immobilier exige la spécialisation des hypothèques. Il faut que l'inscription hypothécaire et l'acte constitutif fassent apparaître explicitement l'immeuble affecté, la nature et le montant de la dette.

Les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilege pendant trente ans à compter de leur date ; l'hypothèque s'éteint automatiquement si les inscriptions n'ont pas été renouvelées avant l'expiration de ce délai ou si elles ont été radiées par main levée avant le délai de trente ans.

L'hypothèque peut être constituée sur bâtiments dont la construction est commencée, ou seulement projetée, pourvu que celui qui confère hypothèque ait un droit actuel lui permettant de construire à son profit (art. 45bis Loi hypothécaire).

4. Aspects comptables des droits et engagements hors bilan

La Loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises dispose que la comptabilité doit couvrir l'ensemble des droits, des obligations et engagements, que l'inventaire annuel doit contenir les droits, les obligations et les engagements (art. 3 et 9 de la loi).

Ces deux principes sont repris par l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés qui dispose que les comptes annuels indiquent systématiquement les droits et engagements et que ceux-ci doivent être mentionnés par catégorie dans l'annexe pour autant qu'ils sont susceptibles d'avoir une influence importante sur le patrimoine, la situation financière ou sur le résultat de l'entreprise (article 25 de l'arrêté).

La Commission de Normes comptables a souligné qu'une entreprise ne pouvait se borner à procéder à un relevé annuel de ses droits et engagements à l'occasion de l'inventaire et à procéder à ce moment à leur enregistrement dans les comptes (avis CNC n° 3-2 bulletin 21). Les droits et engagements font partie du processus comptable normal.

Les comptes concernant les garanties personnelles et réelles sont :

- 01 Garanties personnelles constituées pour compte de tiers
- 02 Garanties réelles constituées sur avoirs propres

Ces comptes fonctionnent conformément aux règles de la comptabilité en partie double.

Michel VANDER LINDEN
Réviseur d'entreprises honoraire

Aucun extrait de cette publication ne peut être reproduit, introduit dans un système de récupération ou transféré électroniquement, mécaniquement, au moyen de photocopies ou sous toute autre forme, sans autorisation préalable écrite de l'éditeur. La rédaction veille à la fiabilité des informations publiées, lesquelles ne pourraient toutefois engager sa responsabilité. **Editeur responsable** : Etienne VERBRAEKEN, I.P.C.F. – av. Legrand 45, 1050 Bruxelles, Tél. 02/626.03.80, Fax. 02/626.03.90 e-mail : info@ipcf.be, URL : <http://www.ipcf.be> **Rédaction** : Gaëtan HANOT, Geert LENAERTS, Maria PLOUMEN, Etienne VERBRAEKEN. **Comité scientifique** : Professeur P. MICHEL, Ecole d'Administration des Affaires de l'Université de Liège, Professeur C. LEFEBVRE, Katholieke Universiteit Leuven.