

PACIOLI



Interview de la Ministre Sabine Laruelle « Le passage obligé par un de vos membres est une forme de garde-fou! »

Sabine Laruelle, Ministre des PME, des Indépendants, de l'Agriculture et de la Politique scientifique, a récemment reçu à son cabinet Pierre Berger (I.R.E.), André Bert (I.E.C.) et Étienne Verbraeken (I.P.C.F.), les trois présidents des instituts des professions du chiffre. Entretien convivial au sommet du numéro 87 de l'avenue de la Toison d'Or à Bruxelles, là même où la ministre occupe depuis maintenant 6 ans le superbe bureau jadis occupé par le patron d'Axa Belgium, avant que cette compagnie ne reprenne la Royale belge et déménage vers Watermael-Boitsfort. En entrant dans son bureau «penthouse», les yeux des visiteurs sont naturellement aspirés par un panorama dégagé sur Bruxelles et par une vue plongeante sur... le siège du MR. «Il ne vous resterait plus qu'à faire installer une passerelle reliant votre bureau au building du siège du parti, comme chez Belgacom», lui susurre-t-on avec humour. «Un toboggan ferait tout aussi bien l'affaire pour me rendre aux réunions du MR!», rétorque-t-elle dans un style qui, d'emblée, met des plus à l'aise les interlocuteurs en préambule à une discussion à bâtons rompus sur différentes thématiques intéressant les professionnels du chiffre...

En imposant à tout demandeur d'un crédit «Initio» le recours préalable à un professionnel du chiffre, vous mettez là en avant la plus-value qui peut être apportée au dossier du porteur de projet.

Sabine Laruelle. Laissez-moi d'emblée souligner que j'ai beaucoup de respect pour les professions du chiffre. Et pour moi d'insister sur le fait qu'il s'agit là de professions protégées, avec derrière chacune d'entre elles un institut, un code de déontologie, une formation continue, une responsabilité des acteurs, etc. Bref, de quoi permettre aux «consommateurs» – et aux tiers – d'avoir des garanties par rapport aux prestations des membres et à l'esprit dans lequel ils travaillent. Depuis que je suis entrée en fonction, j'ai eu le souci constant de travailler en concertation avec les différents instituts, et je souhaite continuer à les impliquer dans le développement de certains



projets. Le fait, par exemple, qu'un dossier *Initio* soit *avalisé* par un professionnel du chiffre avant d'être rentré au Fonds de participation est bien le genre d'initiative que je souhaiterais développer. Concrètement, comme les dossiers passent d'abord par les mains d'un professionnel du chiffre, on voit, par conséquent, arriver à l'échelon du Fonds de participation des projets beaucoup plus réfléchis et élaborés de façon plus pertinente. Je m'en réjouis.

Pour la sprl «starter» aussi, vous avez imposé le recours à un professionnel du chiffre.

Nous avons remarqué que de plus en plus de Belges allaient au Royaume-Uni pour y créer une structure sociétaire sans

SOMMAIRE

- **Interview de la Ministre Sabine Laruelle
« Le passage obligé par un
de vos membres est une forme
de garde-fou! »** **1**
- **La protection du logement familial
dans le cadre de la création
d'entreprise** **3**

capital et ensuite exercer l'essentiel de leur activité dans notre pays. Partant de ce constat, nous n'avons pas voulu pour autant créer en Belgique «la société à 1 euro», même si, malheureusement, c'est l'interprétation que certains en ont faite. Nous étions aussi conscients du fait que certains ne parviennent pas à créer leur propre affaire au motif du capital minimum à réunir. Or, dans certains domaines d'activités, il n'y a objectivement pas nécessairement besoin de réunir 18 550 euros (ou 6 200 euros, pour ce qui concerne le capital libéré) pour se lancer. La sprl-s est donc la déclinaison d'un système classique, uniquement dédié aux personnes physiques qui commencent une activité d'indépendant, leur permettant ainsi – et aussi – de protéger leur patrimoine privé. Le passage obligé par un de vos membres pour fixer le capital de départ est pour moi une forme de garde-fou. C'est là aussi un gage de confiance que nous vous portons. Cela étant, je préviens d'emblée: pas question d'accepter de voir des plans financiers sortir «comme ça» d'un tableau Excel et d'accepter des documents simplement revêtus du tampon d'un professionnel du chiffre! Si faillite du *starter* il devait y avoir en raison d'une sous-capitalisation, les dispositions sur la responsabilité des fondateurs s'appliqueront et la responsabilité du professionnel du chiffre pourrait aussi être engagée! Vous m'avez comprise, autant nous estimons que certaines activités peuvent être exercées sous le couvert d'une société sans pour autant devoir réunir beaucoup de moyens, autant il faut aussi un minimum de garanties pour les cocontractants de ces sprl-s! Voilà pourquoi nous avons aussi prévu des dispositions particulières de mise en réserve des bénéfices. Bref, tout cela pour vous dire que, contrairement à certaines idées reçues, on va ici bien plus loin dans les obligations imposées aux sprl classiques que ce que certains peuvent en dire.

Il y a aussi du neuf du côté de l'actionariat des sociétés de réviseurs, d'experts-comptables ou de comptables-fiscalistes agréés. Comment percevez-vous cette évolution ?

Les nouveaux textes permettent de clarifier un certain nombre de choses, à commencer par le fait d'avoir une approche commune pour les trois types de membres que vous représentez. On peut à présent envisager le fait d'avoir des structures «interprofessionnelles», un seul bureau qui reprend l'ensemble des prestations de services.

Franchement, je ne suis pas sûre que les gens fassent une si grande différence que ça – en supposant même qu'ils en fassent une – entre expert-comptable/conseil fiscal et comptable-fiscaliste agréé. C'est peut être plus clair pour le réviseur, encore que... Je veux en tout cas que la concurrence entre les professionnels du chiffre soit la plus correcte possible. Le fait d'avoir le plus de règles communes possible est pour moi une bonne approche. En tout cas, s'il y a bien un point sur lequel il ne peut être question de revenir, c'est celui de la qualité du travail de vos membres et de la garantie de celui-ci vis-à-vis des «consommateurs»!

L'actionariat des bureaux est à présent aussi ouvert aux tiers.

C'est là une possibilité de risque que les instituts doivent absolument prendre en compte. À eux d'analyser et d'intégrer cette dimension à l'intérieur des codes de déontologie! Pour moi, quel que soit l'actionnaire du bureau, la façon dont on travaille à l'intérieur de celui-ci doit absolument rester la même et, en tout état de cause, le code de déontologie doit primer. Bref, si un tiers investisseur rentre dans le capital d'une société de professionnels du chiffre, il doit savoir qu'il n'entre pas là dans une structure comme les autres: il n'y a pas de but commercial, il y a des règles de déontologie, une responsabilité vis-à-vis de la clientèle, etc. Et si jamais les instituts n'arrivent pas à maintenir ces règles de déontologie, je préviens d'avance qu'il risque d'y avoir de gros problèmes. Il reviendra donc aux instituts de resserrer les contrôles.

Vous travaillez aussi à la question de la responsabilité civile professionnelle.

Effectivement. Nous travaillons sur ce point au départ de l'expérience vécue avec la profession d'architecte. En ce qui les concerne, ils pouvaient déjà exercer sous le couvert d'une société mais le risque restait sur eux «en personne physique» pour une durée de 10 ans. Je rappelle que le risque sur le patrimoine privé est un des principaux freins à l'entrepreneuriat. Second problème, en cas de décès de l'architecte, la responsabilité civile professionnelle tombait – parfois bien des années plus tard – sur les héritiers, se demandant alors ce qui leur tombait sur la tête, les ruinant parfois littéralement. Troisième problème, en cas de remise du bureau d'architecture, le cédant restait responsable sur ses biens propres pendant parfois encore 10 ans. Pour les architectes, comme pour vous d'ailleurs, il me faut tout de même rappeler que nous vivons aujourd'hui au 21^e siècle, que l'exercice de la profession sous le couvert d'une société s'est fortement généralisé. Et je n'ai pas à vous rappeler qu'une société peut perdurer bien au-delà des personnes physiques et que, dès lors, la permanence des garanties peut être ici plus grande qu'en personne physique. Régler la question des responsabilités est de nature à susciter des vocations entrepreneuriales – chez vous aussi! – et à faciliter la transmission des affaires – chez vous aussi! Nous avons démontré, au travers du cas des architectes, qu'il était possible de trouver des solutions aux problèmes posés sans pour autant altérer les garanties offertes aux consommateurs. Partant de l'expérience vécue avec cette profession, nous l'avons étendue fin décembre dernier aux professionnels du chiffre. Nous y travaillons à présent pour les géomètres-experts et les agents immobiliers. Le chantier est aussi lancé avec mon collègue de la Justice pour les professions juridiques et avec ma collègue de la Santé pour toutes les professions médicales. Cela étant, dans tous les cas de figure, nous mettons à chaque fois des garde-fous: la société doit par exemple être reconnue par un institut, c'est déjà là la moindre des choses...

Au niveau de la simplification administrative ?

Nous avançons bien sur cette question. Voyez déjà la question des guichets uniques... Nous travaillons aussi au développement de « formulaires intelligents », bref, à l'implémentation de documents préremplis sur la base d'informations déjà en possession des pouvoirs publics. Je pense ainsi aux déclarations fiscales... C'est une matière transversale impliquant aussi, notamment, mes collègues Didier Reynders et Vincent Van Quickenborne.

La voie est à présent ouverte pour permettre aux professionnels du chiffre d'exercer un mandat d'administrateur indépendant.

Autant je m'en réjouis, autant je préviens d'emblée : il incombe aux instituts de faire en sorte que leurs membres ne se mettent pas en situation de conflit d'intérêts ! Voilà une des raisons qui font que je réfléchis au fait de mettre en ligne bien plus d'informations détenues par la Banque-Carrefour des entreprises. Je pense non seulement aux mandats d'administrateurs, mais aussi à l'implication de vos membres au sein des sociétés desquelles ils opèrent. Mon idée consiste donc bien à mettre ce genre d'information à la disposition de tout un chacun. Vous l'aurez compris, au travers de cette réflexion sur la transparence, mon objectif est de jouer la carte de la garantie des « consommateurs ». Je suis convaincue que les situations de conflits d'intérêts ne sont saines pour personne, cela crée des

problèmes et, quand il y en a, cela sème le doute dans le public et c'est *in fine* l'ensemble de la profession qui en souffre. Bref, dans le cadre de professions protégées comme les vôtres, et dans lesquelles le grand public a confiance, j'insiste donc fortement sur le grand souci de transparence et de positionnement dont vos instituts et vos membres respectifs doivent ici faire preuve. Chaque code de déontologie doit être on ne peut plus clair quant à la nécessité absolue de vos membres de travailler en toute indépendance et s'interdire – en tout état de cause ! – d'aller siéger comme administrateur indépendant, non seulement au sein de la société cliente (celle dans laquelle il opère) mais aussi dans toute la sphère qui l'entoure !

Et demain ?

Nombre de nos initiatives découlent de *Small Business Act* européen. Nous avons un plan PME en 5 axes et 40 propositions. Nous avons déjà pris beaucoup de mesures et nous ne comptons évidemment pas en rester là. La présidence belge de l'Union européenne sera pour nous l'occasion de mettre l'accent sur ce qui a été fait et donner une nouvelle impulsion à certaines initiatives. Je pense notamment à toute la question de l'entrepreneuriat féminin...

Jean-Marc DAMRY
Rédacteur au Trends-Tendances



La protection du logement familial dans le cadre de la création d'entreprise

Le créateur d'entreprise doit, avant le lancement de son activité, déterminer le statut juridique le plus adapté à son projet professionnel et à sa situation personnelle. Ce choix entre l'exercice de l'activité professionnelle en personne physique ou par le truchement d'une société va notamment conditionner sa protection sociale, son régime fiscal, le soutien éventuel de ses partenaires financiers ou opérationnels, l'étendue de sa responsabilité en cas d'échec, etc.

Dans ce contexte, le logement familial, qu'il soit détenu en propre, en communauté ou en indivision par le futur entrepreneur, libéré ou non de toute charge d'emprunt, constitue généralement la principale (et parfois unique) garantie financière que peut fournir le créateur d'entreprise. Toutefois, nombreux sont celles et ceux qui ne souhaitent pas, directement ou indirectement, étendre leur prise de risque professionnel à ce toit familial.

La pratique révèle par ailleurs que, lors de la mise en place de structures patrimoniales et fiscales *ad hoc*, les droits relatifs au logement familial sont parfois employés, notamment par l'apport à une société d'un droit d'usufruit.

Les interactions entre le choix du statut juridique de l'entrepreneur et la protection de son logement familial sont nombreuses, et souvent méconnues.

La présente note tend, d'une part, à exposer le régime – récent – de l'insaisissabilité de la résidence familiale du travailleur indépendant (et ses multiples imperfections) et, d'autre part, à mettre en évidence certaines conséquences de l'apport en société du logement familial, au regard du droit des régimes matrimoniaux.

La présente contribution s'adresse dès lors aux créateurs d'entreprise, à leurs conseillers, ainsi qu'à leur conjoint(e) ou cohabitant(e).

1. L'insaisissabilité de la résidence principale du travailleur indépendant : une fausse bonne idée

L'exercice d'une activité professionnelle indépendante engendre des risques personnels dans le chef du travailleur indépendant, parmi lesquels celui de la saisie et vente forcée de sa résidence familiale. En effet, tous les éléments du patrimoine d'une per-

sonne constituent le gage commun de ses créanciers (privés ou professionnels) pour l'apurement de ses dettes personnelles.⁽¹⁾

L'exercice de l'activité professionnelle par l'entremise d'une société (à responsabilité limitée) réduit certes, mais ne pré-munit pas l'entrepreneur de tous les risques liés à son activité. Ainsi, la constitution d'une société n'empêchera pas la mise en cause de la responsabilité du dirigeant, son engagement (quasi-systématique) comme caution solidaire vis-à-vis de la banque, certaines hypothèses de responsabilité professionnelle, ainsi que la codébiton personnelle du dirigeant, avec la société qu'il a constituée, de certaines dettes fiscales ou sociales de la société.

Par plusieurs initiatives législatives (sans exhaustivité, l'excusabilité en cas de faillite⁽²⁾, la décharge des cautions à titre gratuit, la surséance indéfinie au recouvrement d'impôts), le droit belge a accommodé le régime applicable aux entrepreneurs personnes physiques, afin de favoriser l'initiative privée.

Dans cette perspective, une « Loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV) »⁽³⁾ a instauré un mécanisme d'insaisissabilité du domicile du travailleur indépendant. Le succès de ce nouveau régime – autorisant le travailleur indépendant à mettre son toit familial à l'abri de certains créanciers – est inversement proportionnel aux questions qu'il soulève en pratique, et pour lesquelles la jurisprudence est extrêmement rare, voire inexistante.

Nonobstant certaines clarifications apportées par une loi du 6 mai 2009⁽⁴⁾, entrée en vigueur le 29 juin 2009, le principe même de cette loi, ainsi que le périmètre de la couverture ainsi accordée, soulèvent de multiples interrogations.

a. Régime d'insaisissabilité et droits couverts

La protection vise à rendre insaisissable, à l'égard de certains créanciers, les droits réels⁽⁵⁾ – c'est-à-dire les droits de propriété, de nue-propriété, d'usufruit, d'emphytéose ou de superficie – que le travailleur indépendant détient, en propre, en commun⁽⁶⁾ ou de manière indivise⁽⁷⁾, sur l'immeuble où est

(1) Principe dit de la sujétion uniforme des biens à la poursuite des créanciers, inscrit aux articles 7 et 8 de la Loi hypothécaire.

(2) Qui couvre également le conjoint, mais pas le cohabitant légal.

(3) Loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (IV), publiée au *Moniteur belge* du 8 mai 2007.

(4) Loi du 6 mai 2009 portant des dispositions diverses, publiée au *Moniteur belge* du 19 mai 2009.

(5) « A l'exception du droit d'usage et du droit d'habitation » indique la loi. Cette précision législative apparaît inutile, puisque ces droits d'usage et d'habitation sont exclusivement attachés à la personne, et partant insaisissables.

(6) Pour rappel, en régime de communauté légale, les dettes professionnelles du travailleur indépendant sont communes. Leur paiement pourra en principe être recouvré sur le patrimoine commun, qui inclut généralement le bien acquis par les époux en cours de mariage.

(7) Si les époux sont mariés sous le régime de séparation de biens, l'immeuble est propre à un époux ou en indivision, selon les quotités qui y sont déterminées.

établie sa résidence principale. La protection s'obtient par le biais d'une déclaration *ad hoc* (*confer infra*).

S'agissant des droits de nue-propriété (p. ex. issus de la succession d'un parent laissant un conjoint survivant), la reconstitution future de la pleine propriété dans le chef du déclarant devrait, théoriquement, faire l'objet d'une nouvelle déclaration d'insaisissabilité (*confer infra*). Il ne paraît toutefois pas inconcevable de prévoir, dans l'acte de déclaration, les conséquences de pareille hypothèse, permettant un accroissement automatique du périmètre couvert par la déclaration.

En cas de droits indivis, les droits des créanciers du copropriétaire non-déclarant risquent d'être affectés par l'indisponibilité du bien, à tout-le-moins jusqu'au partage ou à la licitation (article 1561 du Code judiciaire).

Suivant la *ratio legis* et l'interprétation restrictive à conférer à ce régime d'insaisissabilité dérogatoire au droit commun, les accessoires réputés immeubles du logement familial ne paraissent pas être couverts par l'insaisissabilité. Cette solution est toutefois inconciliable avec l'enseignement dégagé de l'arrêt du 15 février 2007 de la Cour de cassation⁽⁸⁾, selon lequel les immeubles par destination ne peuvent être saisis que par une saisie immobilière portant sur l'ensemble du fonds au service duquel ils sont affectés.

Pour l'immeuble à usage mixte (professionnel et d'habitation), l'intégralité de l'immeuble est protégée pour autant que la surface professionnelle représente moins de 30% de la surface totale de l'immeuble. Par contre, si la surface professionnelle représente plus de 30% de la surface totale de l'immeuble, seuls les droits sur la partie affectée à la résidence principale peuvent être déclarés insaisissables.

Les droits protégés portent sur l'immeuble où, dans les faits, le travailleur indépendant séjourne durant la majeure partie de l'année. Il ne doit dès lors pas nécessairement s'agir du domicile légal.

b. Bénéficiaires du régime de l'insaisissabilité

La protection est ouverte au travailleur indépendant, à savoir:

- (i) toute personne physique
- (ii) qui exerce à titre principal en Belgique
- (iii) une activité professionnelle
- (iv) par laquelle elle n'est pas engagée dans les liens d'un contrat de travail ou d'un statut.

(8) Cass., 15 février 2007, RG: F050105F, disponible sur www.cass.be.

Sont notamment concernés les commerçants, artisans, titulaires de profession libérale⁽⁹⁾, artistes indépendants, conjoints-aidant, agriculteurs, etc.

L'applicabilité de ce régime aux mandataires sociaux de sociétés à responsabilité limitée était initialement contestée. En pratique, l'octroi d'un crédit bancaire à une société est conditionné, notamment, à l'engagement du gérant (ou administrateur) en qualité de caution. Par sa récente loi interprétative, le législateur a expressément étendu le régime aux mandataires de personne(s) morale(s), tels que les administrateurs, gérants et délégués à la gestion journalière (pour autant qu'ils n'exercent pas leur mandat dans le cadre d'un contrat de travail).

Le cumul de plusieurs activités indépendantes distinctes, mais qui constituent ensemble la profession à titre principal (p.ex. l'exercice de plusieurs mandats sociaux) est également pris en compte.

Par contre, les indépendants à titre complémentaire ou les pensionnés avec activité indépendante autorisée demeurent exclus du champ d'application de la loi.

c. Conditions de forme, opposabilité et coût

Pour bénéficier de la protection prévue par la loi, l'indépendant doit faire une déclaration d'insaisissabilité du bien, devant le notaire de son choix (et pas nécessairement celui de l'arrondissement où est sis l'immeuble concerné). Cette déclaration contient la description détaillée de l'immeuble et l'indication du caractère propre, commun ou indivis des droits réels détenus par le travailleur indépendant sur l'immeuble.

L'accord du conjoint du travailleur indépendant est obligatoire, même s'il ne détient aucun droit sur l'immeuble. Par contre, aucune obligation n'est prévue pour le cohabitant légal ou la caution du travailleur indépendant.

Lorsque l'immeuble est à usage mixte (professionnel et d'habitation), la description doit distinguer clairement la partie affectée à l'usage professionnel et celle affectée à l'usage privé et mentionner leur surface respective. Si la surface professionnelle représente plus de 30 % de la surface totale de l'immeuble, la loi prévoit l'établissement préalable de « statuts de copropriété », c'est-à-dire un acte de base et un règlement de copropriété. Vu les coûts générés par la rédaction d'un acte de base (après mesurage), très peu de déclarations d'insaisissabilité introduites depuis 2007 concernent une surface professionnelle supérieure à 30 % de la totalité de l'immeuble.

(9) Sous réserve de l'approbation de leurs ordres professionnels, qui pourraient considérer la possibilité – pourtant légale – comme étant contraire à la dignité de la profession (l'Ordre des Barreaux francophones de Belgique ne s'oppose pas à ce mécanisme).

A l'initiative du notaire, la déclaration est transcrite⁽¹⁰⁾ dans un registre destiné à cet effet, conservé au bureau du conservateur des hypothèques de l'arrondissement où le bien est sis. La date de la transcription détermine la prise d'effet de la déclaration à l'égard des tiers. La notification individuelle de la déclaration d'insaisissabilité à un créancier ne lui rend pas la déclaration d'insaisissabilité opposable. Ce décalage dans le temps (le notaire dispose de quinze jours pour procéder à l'enregistrement et la transcription n'est pas immédiate) pose problème lorsque le déclarant souhaite pouvoir profiter, dès l'entame de son activité professionnelle, de l'insaisissabilité. Tout tiers intéressé peut prendre connaissance de ce registre, en vue de déterminer la solvabilité de son débiteur, et se faire délivrer copie des inscriptions existantes. Le Roi, pouvant imposer des formalités de publicité complémentaires, pourrait organiser un régime de publicité complémentaire, p. ex. via la Banque Carrefour des Entreprises.

L'établissement, par le notaire, de la déclaration d'insaisissabilité implique le versement d'honoraires (500 €), à majorer de l'inscription de la déclaration au registre des hypothèques (500 €) et des droits d'enregistrement (une vingtaine d'euros), soit un coût total (*a priori* non fiscalement déductible) supérieur à 1.000 €. En cas de radiation, il en coûtera 500 € en plus.

d. Renonciation, suspension et interruption du régime d'insaisissabilité

Le déclarant peut, à tout moment, renoncer au bénéfice de sa déclaration d'insaisissabilité. Pareille renonciation opère avec effet rétroactif au jour de la déclaration : la déclaration d'insaisissabilité est présumée n'avoir jamais existé.

Les effets de la déclaration d'insaisissabilité ne sont pas affectés en cas de faillite de la personne physique. Le curateur ne peut exercer ce droit de renonciation en cas de faillite du travailleur indépendant. Par contre, ce dernier pourrait, à notre sens, solliciter du Tribunal de commerce qu'il déclare l'insaisissabilité prise pendant la période suspecte (six mois avant la déclaration de faillite) inopposable à la masse.

La renonciation au bénéfice d'un ou plusieurs créanciers ciblés, dite *in favorem*, n'est pas autorisée. Ceci étant, l'attribution à la créance concernée d'un caractère mixte (c'est-à-dire professionnel et privé) aboutit *de facto* au même résultat.

Le décès du travailleur indépendant emporte de plein droit (donc sans nécessité d'une radiation) révocation de la déclaration.

Sous peine d'inciter le travailleur indépendant à l'aveu de faillite avant tout changement de statut, la perte de la qualité de travailleur indépendant (p.ex. en devenant salarié) n'em-

(10) Et non inscrite, comme le prévoit l'article 76 de la loi.

porte pas selon nous déchéance automatique de la protection, mais au contraire suspension des effets de celle-ci jusqu'à l'éventuelle relance de l'activité d'indépendant à titre principal. L'insaisissabilité existante persisterait ainsi uniquement à l'égard des créanciers professionnels antérieurs.

Par contre, le passage d'une activité indépendante à une autre activité indépendante n'affecte pas, à notre avis, le régime d'insaisissabilité.

En cas de dissolution du régime matrimonial (p.ex. divorce ou changement de régime matrimonial), les effets de la déclaration subsistent lorsque le déclarant est attributaire du bien. Par contre, l'insaisissabilité tombe lorsque le recouvrement de dettes nées dans le cadre de l'activité professionnelle du déclarant peut être exécuté sur le patrimoine de l'ex-conjoint.⁽¹¹⁾ Cet effet pervers devra être pris en considération lors de la dissolution du régime matrimonial.

Enfin, en cas de cession des droits réels désignés dans la déclaration, le prix obtenu demeure insaisissable à l'égard des créanciers concernés, à la condition que celui-ci soit remployé dans un délai d'un an par le déclarant pour acquérir des droits réels sur un immeuble où sera établie sa résidence principale. Le délai d'un an se calcule d'acte authentique à acte authentique. L'acte d'acquisition de l'immeuble nouvellement acquis (pour une valeur égale ou supérieure au produit de réalisation du premier immeuble), et pour lequel l'insaisissabilité s'appliquera sauf les hypothèses d'organisation frauduleuse d'insolvabilité, devra contenir une déclaration de remploi. Les sommes perçues de la vente du premier immeuble devront avoir été conservées jusqu'au remploi par le notaire instrumentant, sur un compte rubriqué qui y est spécialement consacré.

e. Effets – et limites – de la déclaration d'insaisissabilité

Par le mécanisme de l'insaisissabilité, le législateur ne soustrait pas la résidence principale au gage des créanciers professionnels, mais suspend leur droit individuel de poursuite quant à ce bien.

Le créancier professionnel, en ce compris l'Etat, conserve toutefois le droit de prendre inscription hypothécaire sur le bien. D'autre part, l'insaisissabilité n'affecte pas le droit du créancier professionnel de participer aux répartitions qui résulteraient de la saisie pratiquée par un créancier privé (ou un créancier professionnel antérieur à la déclaration d'insaisissabilité). Comme le précisent les travaux parlementaires⁽¹²⁾, « si les droits sont saisis et réalisés par un créancier vis-à-vis de qui la déclaration est sans effet, tous les créanciers pourront venir à la distribution ». Contrairement à l'hypothèse du remploi évoquée en cas de

vente du bien, le prix de vente obtenu dans le cadre de la réalisation forcée réintègre le gage commun de tous les créanciers.

D'autre part, la déclaration d'insaisissabilité n'affecte pas les droits de tous les créanciers de l'entrepreneur. La déclaration d'insaisissabilité n'a d'effet que pour les créances nées dans le cadre de l'activité professionnelle du travailleur indépendant, postérieurement à la date d'inscription. La naissance d'une dette tient à son existence, indépendamment de sa date d'exigibilité et/ou de la détermination précise de son montant. Ainsi, les dettes nées d'une ouverture de crédit accordée avant l'opposabilité de la déclaration ne sont pas couvertes par l'insaisissabilité, même si ces dettes résultent exclusivement de prélèvements réalisés après ladite déclaration. Les dettes antérieures à l'inscription ne sont en aucun cas couvertes. L'hypothèse d'une dette née le même jour que la date d'inscription n'est pas tranchée à ce jour.

Sont notamment considérées comme dettes professionnelles les dettes contractuelles à l'égard des fournisseurs, les dettes envers les organismes de crédit, les dettes sociales et fiscales se rapportant exclusivement à l'activité professionnelle indépendante (cotisations dues à l'INASTI ou à l'ONSS, dettes TVA, etc.)

Ne sont pas couvertes :

- (i) les dettes présentant un caractère mixte, qui concernent tant la vie privée que la vie professionnelle du déclarant (p.ex. dette en remboursement d'un crédit accordé pour un véhicule à usage mixte, factures d'électricité, dettes résultant de l'impôt des personnes physiques⁽¹³⁾);
- (ii) les dettes ayant une cause étrangère à l'activité professionnelle (p.ex. une dette de consommation);
- (iii) les dettes résultant d'une infraction (pénale, administrative ou dans le cadre d'une transaction), même si elles concernent l'activité professionnelle;
- (iv) les dettes dues à l'ONSS (en principal et accessoires) lorsque la responsabilité du travailleur indépendant est retenue pour cause de faute grave (fraude fiscale organisée, répétition de situation d'insolvabilité préjudiciable à l'ONSS) ayant conduit à la faillite de la société (anonyme, à responsabilité limitée ou coopérative) administrée.

Le sort des dettes liées à une mise en cause de la responsabilité civile professionnelle (pour négligence par exemple) est incertain. Alors que pareille dette ressort incontestablement de la sphère purement professionnelle, la notion d'infraction, cause d'exclusion de la protection, pourrait recouvrir la négligence fautive, et donc faire perdre tout intérêt à ce mécanisme dans le chef de professions libérales organisées sous forme sociétaire, mais dont la responsabilité professionnelle demeure assumée en personne physique.

(11) Article 79 de la loi.

(12) *Doc. parl.*, session 2006-2007, n° 2873/01, p. 60.

(13) En effet, celles-ci résultent de la taxation des revenus professionnels, mobiliers, immobiliers et divers. Ce faisant, le législateur institue un régime défavorable aux créanciers de l'entrepreneur, dont il s'exonère.

Certaines institutions bancaires avaient inséré dans leurs conditions générales l'engagement exprès du preneur de crédit de ne pas faire de déclaration d'insaisissabilité à l'avenir, sous peine d'exigibilité du solde restant dû du crédit accordé. Par la loi du 6 mai 2009, le législateur a frappé de nullité l'engagement d'un travailleur indépendant de ne pas faire de déclaration d'insaisissabilité à l'avenir. La dénonciation automatique des crédits en raison d'une déclaration ultérieure d'insaisissabilité, privant le preneur de crédit d'une faculté légale, pourrait être constitutive d'abus de droit.

Le système d'indisponibilité temporaire du bien (et non de soustraction au gage commun des créanciers) mis en place par le législateur incite *de facto* le travailleur indépendant à privilégier le paiement des créanciers qui peuvent forcer la réalisation du logement familial. Ainsi, effet pervers de la réglementation, le règlement de l'impôt sur les revenus pourrait être préféré à celui de la TVA.

f. Aspects internationaux

Le régime d'insaisissabilité s'applique à tout travailleur indépendant exerçant en Belgique son activité. Si des prestations sont fournies dans plusieurs pays, le lieu principal d'activité dudit travailleur devra être établi en Belgique.

Le logement familial protégé peut-il être sis au-delà de nos frontières? Le régime instauré en Belgique étant d'inspiration française, la question devrait recevoir une réponse positive outre-Quévrain. S'agissant des autres pays limitrophes, l'application du régime d'insaisissabilité pourrait y être envisagée, pour autant qu'un régime équivalent d'opposabilité soit à la fois disponible et une autorité disposée à inscrire la déclaration.

2. Régime (matrimonial) primaire et apport de l'immeuble familial à une personne morale

Le régime matrimonial rassemble les règles régissant les relations entre deux personnes unies par le mariage quant à leurs biens. Répondant au souhait de certains couples de s'assurer un certain degré de protection sans rentrer dans les liens du mariage, la loi du 23 novembre 1998 relative à la cohabitation légale a instauré une protection patrimoniale (et successorale) restreinte entre deux personnes ayant déposé une déclaration de cohabitant légale (possible p.ex. entre deux frères). Deux personnes construisant une relation durable, sans être unies par les liens du mariage ou par une déclaration de cohabitation légale, sont appelées des cohabitants de fait, sans aucune protection légale réglementée.⁽¹⁴⁾

a. La protection du logement familial

Tout couple marié, quel que soit son régime matrimonial (régime légal, séparation de biens, communauté universelle, etc.),

(14) «*Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*» disait Napoléon.

ainsi que tout couple ayant déposé une déclaration de cohabitation légale, est soumis à un socle commun de règles impératives (le «régime primaire»), considérées comme indispensables à l'organisation de la cellule familiale. Parmi ces règles, auxquelles les parties ne peuvent déroger, figure la protection du logement familial, organisée par l'article 215 du Code civil.

La protection du logement familial, qui couvre également les meubles qui le garnissent, interdit à un époux (ou cohabitant légal) de disposer des droits qu'il détient sur cet immeuble ou sur les meubles le garnissant, sans l'accord de son conjoint, sous peine d'annulation de l'opération sur requête de celui dont l'accord devait être recueilli. La notion d'acte de disposition doit s'entendre d'une manière extensive, en ce sens qu'elle vise tout acte qui porte atteinte à la jouissance du logement familial. Ainsi, consentir un bail portant sur des espaces relevant du logement familial ou consentir une hypothèque sur l'immeuble abritant le logement familial⁽¹⁵⁾ constitueraient des actes de disposition, alors que la vente avec réserve d'usufruit pourrait ne pas être considérée comme un acte de disposition au sens de l'article 215 du Code civil.

L'article 215 du Code civil s'applique également si le bien immeuble ou les meubles garnissant le logement familial sont la propriété exclusive de l'époux cédant. Si le logement familial est loué, le droit au bail appartient conjointement aux deux époux (ou cohabitants), même si la convention de bail a été conclue par un seul conjoint (ou cohabitant). Chacun des époux (ou cohabitants) peut ainsi revendiquer la poursuite du bail dans l'hypothèse où le congé a été donné par un seul époux (ou cohabitant) ou celle où le congé a été donné à un seul conjoint (ou cohabitant).

b. Apport en société du logement familial

Lors de l'apport ou de la vente à une société d'un bien immeuble constituant le logement principal de la famille (ou des meubles le garnissant, comme un bureau équipé), le consentement des deux époux (ou cohabitants) est requis. L'immeuble cesse d'appartenir à un ou aux époux (ou cohabitants) pour devenir propriété de la société.

Si aucune mesure n'est prise au préalable, la protection prévue à l'article 215 s'éteint, permettant de ce fait au gérant (p.ex. un des deux époux), la possibilité de céder seul le logement familial (ou les biens meubles concernés), même si ce bien était initialement la propriété de son conjoint.

Le Tribunal de première instance de Malines a toutefois considéré, par un jugement du 5 octobre 1992⁽¹⁶⁾, que la vente

(15) Cette conception extensive appliquée au crédit hypothécaire est contestée par la doctrine, notamment CARTUYVELS, B., COPPENS, N., DELPIERRE-ROMAIN, C., «Les règles des régimes matrimoniaux applicables aux apports en société», in *Les sociétés et le patrimoine familial. Convergences et confrontations*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 17.

(16) Civ. Malines, 5 octobre 1992, *T.V.R.*, 1994, p. 462, avec note.

conclue par la société tombait sous le champ d'application de l'article précité, étant donné que les actions étaient détenues, en quasi-totalité, par les époux et que, une fois l'apport réalisé à la société, le logement familial avait été maintenu dans les lieux. Cette décision nous apparaît contestable. D'une part, la détention et la répartition des actions entre époux dépend de circonstances essentiellement factuelles. Le critère ainsi avancé par le Tribunal, qui exclurait de la protection légale l'époux n'ayant pas détenu de droit de propriété sur l'immeuble apporté à la société, n'apparaît nullement décisif. Le second motif semble également devoir être écarté, puisqu'il constitue une condition *sine qua non* de la protection légale. Enfin, et surtout, ce jugement heurte de plein fouet le principe de la personnalité juridique distincte de la société.⁽¹⁷⁾ La société, agissant par ses organes, est libre d'en disposer selon son intérêt social.

De même, en cas d'apport d'usufruit (et donc de conservation de la nue-propriété par les époux ou les cohabitants), la société – usufruitière – dispose du droit d'user de la chose et d'en percevoir les fruits, et donc de faire déguerpir les occupants actuels au profit des locataires choisis par la société.

c. Mesures préventives

Le notaire actant l'apport en société attirera de manière spécifique l'attention des parties sur les conséquences liées à la perte de la protection de la jouissance du logement familial.

Le choix de la forme sociale sera également prépondérant.

Dans l'hypothèse d'une sprl, les statuts pourront prévoir la nomination de plusieurs gérants et disposer que tout acte de disposition d'immeuble devra, sous peine de nullité, être signé par les gérants agissant conjointement. Pour les sprl, les restrictions aux pouvoirs des gérants, même publiées au *Moniteur belge*, ne sont pas opposables aux tiers (article 257, al. 2 du Code des sociétés). Toutefois, le notaire instrumentant – tenu de vérifier les pouvoirs des parties à l'acte – et la partie acquéreuse seront, sous peine de mauvaise foi, peu enclins à violer cette restriction des pouvoirs au sein de la société vendeuse, et donc solliciteront la participation à l'acte du conjoint/gérant.

L'organisation des pouvoirs au sein de l'organe de gestion sera facilitée au sein d'une société anonyme. Le conseil d'adminis-

tration étant un organe collégial par nature, la participation de deux (ou plus) administrateurs à la vente de l'immeuble de la société sera requise, pareille opération ne relevant pas – sauf exception – de la gestion journalière d'une société.

Il est également envisageable de faire concéder par la société un bail à vie au profit des preneurs (article 3, §8 de la loi sur les baux de résidence principale), ce flux financier vers la société pouvant cependant être considéré comme contraire aux aspirations fiscales des fondateurs de la société.

Conclusion

L'exercice de l'activité professionnelle sous le couvert d'une société à responsabilité limitée demeure la plus protectrice de la cellule familiale de l'entrepreneur. Coupler cette protection avec un régime d'insaisissabilité de la résidence principale du gérant de la société apparaît, en majeure partie, redondant quant à ses effets.

La protection, accordée au travers du régime d'insaisissabilité, à l'entrepreneur en personne physique vaut plus par les opportunités d'interprétations divergentes qu'elle offre que par sa couverture réelle. Ainsi, en excluant par principe l'impôt en personne physique des dettes couvertes par la protection, l'Etat a *de facto* limité le succès espéré de ce mécanisme. Les organismes de crédit auront tôt fait, dans un contexte de resserrement du crédit, de forcer les entrepreneurs audacieux à renoncer au bénéfice de l'insaisissabilité, sous peine de voir leur demande de crédit refusée – et ce, nonobstant les récentes clarifications législatives.

Au vu de ce qui précède, le régime de l'insaisissabilité du logement familial du travailleur indépendant ne semble pas appelé à se généraliser en pratique, sauf pour quelques rares configurations d'activité professionnelle.

D'autre part, les partenaires (conjoint ou cohabitant légal) du créateur d'entreprise devront veiller, par le choix de la forme sociale et/ou la mise en place de mécanismes adaptés du droit des sociétés, à ce que les intérêts civils qui découlent de leur régime matrimonial ou de cohabitation légale ne soient pas préjudiciés par les considérations fiscales et autres liées à l'apport en société de l'immeuble familial.

Guy RULKIN
Avocat, Everest Avocats

(17) Pour une application récente voir Pol. Charleroi (3^e ch.) 30 novembre 2006, *R.G.A.R.*, 2009, liv. 1, n° 14465.