

LETTRE PME

LETTRE D'INFORMATION POUR L'ENTREPRENEUR

ERNST & YOUNG
FROM THOUGHT TO FINISH.™
numéro 77

SOMMAIRE

QU'EST-CE QUE LE
CAUTIONNEMENT?



QUELS SONT LES
DROITS DU
CRÉANCIER?



QUAND LE GARANT
A-T-IL LE DROIT
DE RECOURS?



QUELLES
SONT LES
CONSÉQUENCES
D'UNE FAILLITE?



CONCLUSION



Lettre d'information d'Ernst & Young
Octobre 2001, cinquième année



Cautionnement et faillite

Les starters et jeunes entreprises en pleine croissance sont rarement en mesure de financer les investissements nécessaires à leur expansion, à moins d'aller frapper à la porte d'une banque.

Or les banques se montrent généralement peu empressées à l'égard des starters et des entreprises dont les moyens financiers limités représentent toujours une prise de risque élevée.

Ce problème est souvent résolu par une caution: un tiers s'engage auprès du créancier à remplir les obligations du débiteur si celui-ci devait faire défaut.

Il est évident qu'en se portant garant pour un autre, on prend un risque important – surtout si la situation se dégrade. Pour peu que l'entreprise n'ait plus le vent en poupe, au point de ne pouvoir respecter ses engagements, voire de faire faillite, les banquiers s'adresseront directement au garant et feront appel à sa caution pour le paiement du solde de la dette. Nous débiterons cet article par un bref rappel

de ce qu'est exactement une caution. Ensuite, nous examinerons dans le détail les conséquences possibles d'une faillite pour le garant. Ce qui nous amènera à nous poser les questions suivantes: le garant est-il obligé de payer? Et si oui, a-t-il intérêt à le faire avant ou après la mise en faillite? Enfin, lui est-il encore possible d'obtenir de quelqu'un d'autre réparation du dommage subi?



Il est utile de coucher le contrat de caution sur papier, en autant d'exemplaires que de parties concernées.

Qu'est-ce que le cautionnement?



Par 'caution' ou 'cautionnement', on entend l'accord selon lequel une personne (le garant) s'engage vis-à-vis d'un créancier (par exemple, une banque ayant octroyé un prêt): le garant répond de l'exécution d'une obligation (le remboursement du prêt) par ses propres moyens au cas où le débiteur (l'emprunteur) ne s'exécute pas. Le contrat est donc signé entre le créancier et le garant qui se porte ainsi caution vis-à-vis du créancier du paiement de la dette principale.

Le cautionnement sert donc de garantie pour l'exécution de l'engagement. Cela se traduit notamment par le fait que le garant ne peut jamais être contraint à payer plus que le débiteur principal. Le contrat de caution n'est soumis à aucune exigence formelle spécifique et, la plupart du temps, il se conclut sans frais.

Le cautionnement ne peut être supposé: il n'est question de caution qu'à partir du moment où celle-ci a fait l'objet d'un accord formel, et elle ne se prolonge jamais au-delà de la période prévue dans l'accord.



Faire appel à la caution = assigner pour le paiement du solde de la dette.

Quels sont les droits du créancier?



Le créancier peut exiger le paiement par le garant lorsque le débiteur fait défaut. Mais le garant peut néanmoins se défendre contre cette exigence, non seulement par le recours aux moyens de défense habituels (nullité de la caution pour défaut d'autorisation ou de compétence, violation de l'ordre public, ...) mais aussi par une série de moyens de défense particuliers.

A. PRINCIPE D'APPEL À LA CAUTION

Le créancier doit d'abord s'adresser au débiteur principal. S'il vient directement frapper à la porte du garant, celui-ci peut refuser de payer et exiger que le créancier s'adresse d'abord au débiteur principal. S'il apparaît alors que celui-ci fait toujours défaut, le créancier peut se retourner contre le garant.

B. PRINCIPE DE RÉPARTITION DE LA DETTE

Si différentes personnes se sont portées caution, le garant peut exiger du créancier qu'il divise sa créance et qu'il n'exige de chaque garant que sa part de caution. Mais attention! Il s'agit là d'un droit qui peut être supprimé dans le contrat de cautionnement.



Les contractants peuvent être privés de certaines garanties. Il est donc toujours important de lire soigneusement le contrat.

Quand le garant a-t-il le droit de recours?



Le garant peut faire jouer tous les moyens de défense à disposition du débiteur principal, même si ce dernier en a personnellement fait abstraction.

Si le garant est finalement obligé de payer la dette, il peut à son tour se retourner contre le débiteur.

S'il paie la dette, il se place dans la position du créancier et peut exiger du débiteur le remboursement des montants payés. Il dispose des mêmes droits que le créancier d'origine et peut faire appel à toutes les garanties stipulées par le premier créancier.

Ce droit de recours ne vaut cependant pas dans les cas suivants:

1. Si le garant a effectué le paiement sans avoir fait l'objet de poursuites de la part du créancier et sans en informer le débiteur principal, tandis que le débiteur a de solides raisons d'avancer que la dette était nulle au moment du paiement.
2. Si le garant a effectué le paiement sans en informer le débiteur et que celui-ci a payé une seconde fois.
3. Si la caution équivalait à un don.

Le créancier ne peut pas faire appel à la caution s'il est lui-même responsable du fait que le garant se retrouve dans l'incapacité de faire valoir ses droits ou de faire jouer les garanties prévues. C'est le cas, par exemple, lorsque le créancier n'a pas pris d'inscription hypo-

thécaire, ou lorsque la valeur du bien hypothéqué est amoindrie suite à une intervention du créancier.

Attention: le créancier peut stipuler la suppression de ce droit.

Quelles sont les conséquences d'une faillite?



En principe, la faillite ne change rien à la position du garant. Il ne pourra être l'objet de mesures de récupération de la dette qu'à l'expiration du terme prévu par le contractant original. Mais le garant peut exiger certaines garanties de la part du débiteur. Par ailleurs, s'il a payé pour le débiteur principal, il pourra présenter sa créance au règlement de la faillite.

RÉHABILITATION

Pour le garant, les conséquences de la faillite vont dépendre du fait que le débiteur failli bénéficie ou non d'un acte de réhabilitation. L'acte de réhabilitation signifie que le failli ne peut plus être poursuivi par les créanciers après clôture de la faillite; il est réhabilité et peut donc repartir à zéro dans des activités économiques et entrepreneuriales. Par contre, le failli non réhabilité peut toujours être poursuivi par le créancier pour le paiement de dettes encore ouvertes.

Qu'en résulte-t-il pour le garant?

Le garant peut-il encore exiger le remboursement de son argent par le créancier failli réhabilité?

Cette question est actuellement discutée au parlement.

La situation actuelle

Actuellement, il est communément admis que le garant, pas plus que les autres, ne peut exercer de recours à l'encontre du débiteur failli réhabilité: l'acte de réhabilitation libère le

débiteur de ses dettes, y compris celles à l'égard du garant. Ce dernier doit dès lors assurer le paiement de la dette sans pouvoir récupérer auprès de qui que ce soit le montant payé.

Par contre, si le failli n'est pas réhabilité, il reste tenu de payer ses dettes. Dans ce cas naturellement, le garant peut lui aussi se retourner contre le failli pour le remboursement de la dette qu'il a payée.

Le nouveau projet de loi (en discussion au Sénat)

Un nouveau projet de loi modifiant la loi sur les faillites s'efforce d'améliorer la position des garants. Il y est notamment prévu que les 'garants par générosité' maintiennent leur droit de recours à l'encontre du débiteur, même si celui-ci est réhabilité après la faillite.

Le garant peut-il encore être poursuivi par le créancier si le failli a été réhabilité?

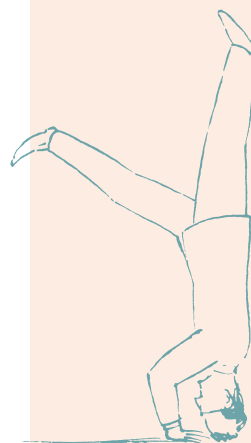
Le nouveau projet de loi devrait également apporter des modifications à ce niveau.

La situation actuelle

A ce jour, la question de savoir si le garant est également libéré par l'acte de réhabilitation ne fait pas l'unanimité. Certains partent du principe que c'est bien le cas, vu que la caution est liée à la dette principale.

Dans cette optique, le garant a tout intérêt à retarder le paiement jusqu'après la clôture de la faillite, dans l'espoir que le débiteur principal sera réhabilité et que donc sa dette sera supprimée.

Un garant par générosité est une personne qui ne tire aucun avantage financier direct ou indirect de son cautionnement.





A l'avenir, le tribunal pourrait dispenser de leurs dettes les garants par générosité, à moins que ceux-ci n'aient organisé leur insolvabilité de façon frauduleuse.



Mais la plus grande partie de la littérature juridique rejette cette thèse. Les raisons avancées sont que l'engagement principal, même s'il ne peut plus faire l'objet d'une récupération auprès du failli, existe néanmoins toujours et que l'acte de réhabilitation ne concerne que le débiteur, à l'exclusion du garant.

La pratique juridique actuelle rappelle d'ailleurs que le garant savait au départ qu'il serait tenu de payer le jour où le débiteur ferait défaut. Le garant reste donc tenu de payer les dettes.

Le nouveau projet de loi (en discussion au sénat)

Le point de départ du projet de loi maintient le principe selon lequel la personne qui s'est portée caution n'est pas délivrée de ses obligations du fait de la réhabilitation de débiteur.

En règle générale, le créancier peut donc toujours s'adresser au garant pour le paiement de la dette, même si ce dernier ne peut plus exercer de recours.

Mais il y a des exceptions. Le projet de loi prévoit en effet des mesures en faveur des garants par générosité.

Dans ce cas, le tribunal pourra dispenser le garant de ses obligations s'il considère que l'exécution de celles-ci pourrait sérieusement détériorer son style de vie, dans le sens où elles le contraindraient à vivre dans des conditions qui portent atteinte à la dignité humaine.

C'est ainsi, par exemple, que la vente forcée de sa maison ne serait plus possible. Par contre, celle d'une résidence secondaire resterait envisageable.

Conclusion

En principe, la faillite d'un débiteur ne change rien pour son garant. Celui-ci ne pourra pas être directement poursuivi par le créancier, même s'il peut exiger des garanties de la part du débiteur. Mais dès que le terme fixé par le contrat arrive à échéance, le créancier pourra exiger du garant le paiement de la dette.

Actuellement, le fait que le débiteur soit ou non réhabilité est d'une grande importance (pour le garant). Si c'est effectivement le cas, le garant (en vertu de la législation actuelle) ne peut plus exercer de recours à l'encontre du débiteur, mais il doit s'acquitter de la dette. Si le failli n'est pas réhabilité, le garant peut par contre se retourner contre lui pour récupérer les sommes payées.

Le Sénat examine actuellement un projet de loi qui améliorerait sensiblement la position du garant, surtout si celui-ci ne tire aucun avantage financier du cautionnement. Les garants par générosité pourront, en vertu de la nouvelle législation, se retourner contre le débiteur failli réhabilité pour exiger le rembourse-



ment de leur argent. Par ailleurs, le juge pourra également dispenser ces garants des obligations liées à leur cautionnement si l'exécution de celles-ci risque d'entraîner de sérieuses détériorations de leurs conditions de vie.

HERMAN DE WILDE
Peeters Advocaten - Avocats

ERNST & YOUNG
FROM THOUGHT TO FINISH.™

LETTRE D'INFORMATION
D'ERNST & YOUNG

EDITEUR RESPONSABLE
Ernst & Young - Riet Bots,
Avenue Marcel Thiry 204,
1200 Bruxelles.
Prix: 2.500 BEF/année
Ne paraît pas en juillet et août.

RENSEIGNEMENTS
Riet Bots,
Tel. 02/774 91 17 Fax 02/774 90 90
e-mail : riet.bots@ey.be
<http://www.lettrepme.be>
<http://www.kmobrief.be>