

Modernisation du droit de la faillite

1. Changements apportés au code du commerce

Le cadre actuel de la faillite fixé aux articles 437 et suivants du code du commerce a été modernisé par la [loi du 7 août 2023](#)¹ afin de combler des lacunes procédurales et d'ajouter des nouvelles règles.

Parmi les nombreux changements, on soulignera points saillants suivants :

1.1. Extension du champ d'application aux entreprises individuelles

Le régime de la faillite est désormais ouvert, non seulement aux sociétés commerciales par la forme, mais aussi, sur demande, à « *toute personne physique exerçant une activité professionnelle, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale à titre indépendant* » (article 71 de la loi du 7 août 2023).

L'objectif est de permettre à des personnes physiques, devenues insolvables dans le contexte de leur activité professionnelle, de bénéficier d'un régime d'effacement de dette.

Le failli personne physique aura ainsi la possibilité de demander, sous certaines conditions de forme et de fond, la remise du solde des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de faillite (article 536-3 nouveau du code de commerce).

1.2. L'amélioration du sort des cautions

En cas d'ouverture d'une procédure de faillite, respectivement d'une procédure de réorganisation, une personne physique caution à titre gratuit peut introduire une requête afin de faire constater que le montant cautionné est devenu au moment de l'octroi du sursis manifestement disproportionné par rapport à ses facultés de remboursement de la dette (article 536-4 du code du commerce, et article 28 paragraphe 3 de la loi du 7 août 2023).

¹ Loi du 7 août 2023 relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite.

Il est cependant regrettable que la loi ne précise pas quelles sont les conditions pour un dirigeant, ou membre de sa famille, de pouvoir se considérer « caution à titre gratuit. »

En effet, la tendance des juges est de ne pas qualifier un tel engagement comme étant à titre gratuit dès lors que celui qui se constitue garant peut retirer - du seul fait de sa situation - un avantage économique quelconque de cette constitution en raison de son lien avec la personne morale engagée comme débiteur principal.

1.3. Des poursuites pénales plus efficaces

La banqueroute frauduleuse était très rarement poursuivie car elle était qualifiée de « crime » avec réclusion de 5 à 10 ans.

Cette peine pénale a été décriminalisée et devient, comme la banqueroute simple, un délit pénal.

Désormais la banqueroute simple est punie d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans, et d'une amende de 251 à 25.000 €, et la banqueroute frauduleuse d'une peine d'emprisonnement de 6 mois à 5 ans, et une amende de 500 à 50.000 euros (articles 489 à 490-9 du code de commerce).

1.4. La liquidation automatique de la société

Il est désormais prévu que le jugement de clôture des opérations de faillite entraîne la dissolution ainsi que la clôture de liquidation de la personne morale (article 536-2 nouveau du code de commerce résultant de la loi PDAL (ci-après).

1.5. La possibilité d'une dissolution administrative

Depuis une [loi du 28 octobre 2022](#)² (ou « la loi PDAL »), le Procureur d'Etat peut demander au gestionnaire du Registre de Commerce et des Sociétés (ou « RCS ») d'ouvrir, à l'encontre d'une société commerciale, une procédure de dissolution administrative sans liquidation.

Cette procédure a pour objectif d'éliminer, de manière rapide et à coût réduit pour la collectivité, des sociétés qui sont en réalité des « coquilles vides » et qui contreviennent gravement aux lois régissant les sociétés commerciales.

Cette procédure a été précisée par une [Circulaire LBR 23/01](#).

2. Les changements apportés au droit d'établissement

2.1. Extension du champ d'application de la condition de l'honorabilité professionnelle

Cette condition est désormais appréciée, non seulement vis-à-vis du porteur de l'autorisation, mais aussi à l'égard :

- du détenteur de la majorité des parts sociales ;

² Loi du 28 octobre 2022 portant création de la procédure de dissolution administrative sans liquidation (Mem A N°541 du 4/11/2022)

- de toute personne en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion ou l'administration de l'entreprise.³

2.2. Augmentation des cas de manquements à l'honorabilité professionnelle

2.2.1. Principe général

La principe est fixé par l'article 6 paragraphe 3 de la loi du 2 septembre 2011 :
« *Constitue un manquement privant les personnes (...) de l'honorabilité professionnelle, tout comportement ou agissement contraire à une loi, un règlement ou une mesure administrative qui affecte si gravement leur intégrité professionnelle qu'on ne peut tolérer qu'elles exercent ou continuent à exercer l'activité autorisée ou à autoriser.* »

2.2.2. Liste des cas de manquements

La liste est définie à l'article 6 paragraphe 4 de la loi du 2 septembre 2011 :

- « a) *le recours à une personne interposée ou l'intervention comme personne interposée dans le cadre de la direction d'une entreprise soumise à la présente loi ;*
- b) *l'usage dans le cadre de la demande d'autorisation de documents ou de déclarations falsifiés ou mensongers ;*
- c) *le non-respect, à au moins deux reprises au cours des trois derniers exercices, des obligations de dépôt et de publication découlant de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises ;*
- d) *le défaut persistant sur une période d'au moins six mois de procéder à l'inscription requise par la loi modifiée du 13 janvier 2019 instituant un Registre des bénéficiaires effectifs ;*
- e) *l'accumulation de dettes importantes auprès des créanciers publics dans le cadre d'une faillite ou liquidation judiciaire prononcées. L'importance des dettes est appréciée par rapport à l'effectif équivalent temps plein de l'entreprise et par rapport à son chiffre d'affaires des trois années ayant précédé la faillite ou la liquidation judiciaire, ou, si l'entreprise a existé moins de trois ans au moment de la faillite ou de la liquidation judiciaire, au chiffre d'affaires total réalisé ;*
- f) *toute condamnation définitive à une peine criminelle ou correctionnelle pour une infraction en relation avec l'activité exercée ou à exercer ;*
- g) *tout manquement à l'obligation de l'article 8ter ;*⁴
- h) *le défaut de procéder aux déclarations d'impôt direct, en ce compris les déclarations de retenue à la source, ou d'impôt indirect, relatives à deux exercices subséquents au cours d'une période de trois ans ;*
- i) *la dissimulation d'une partie du passif ou l'exagération de l'actif de l'entreprise à l'encontre d'un nouveau dirigeant devant endosser l'autorisation d'établissement ou des détenteurs de la majorité des parts sociales ou des personnes en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion ou l'administration de l'entreprise.* »

³ Article 6 (2) alinéa 1er de la loi modifiée du 2 septembre 2011.

⁴ NB. Ce point concerne l'activité d'organisateur de voyage.

2.3. Evolution du concept de la nouvelle chance

Le concept de la nouvelle chance peut être qualifié comme étant est la possibilité, pour une personne physique, de relancer une activité après une faillite malgré l'existence de dettes impayées.

2.3.1. Le principe de la perte de l'autorisation

Les cas de perte de l'autorisation sont listés par l'article 28 (6) de la loi du 2 septembre 2011 : « *L'autorisation perd sa validité en cas de :*

1° cessation volontaire de l'activité pendant plus de deux ans ;

2° mise en liquidation judiciaire ;

3° jugement déclaratif de faillite. L'autorisation conserve ou reprend sa validité au cas où et aussi longtemps que la poursuite de l'activité est autorisée par un jugement ;

4° défaut de déclaration du changement de la résidence habituelle du dirigeant dans le délai d'un mois ;

5° défaut de transmission des documents prévus à l'article 28, paragraphe 5, point 3°, dans le délai d'un mois. »

2.3.2. La nouvelle chance

Avant le 1^{er} septembre 2023, deux conditions cumulatives étaient imposées pour retrouver une autorisation d'établissement à la suite d'une faillite.

Ces deux conditions ont évolué de la manière suivante :

	Avant le 1^{er} septembre 2023	A partir du 1^{er} septembre 2023
Champ d'application	Dirigeant porteur de l'autorisation pour l'octroi d'une nouvelle autorisation d'établissement	Toutes les personnes soumises à l'exigence d'honorabilité professionnelle ⁵
1^{ère} condition	L'accomplissement d'une formation en matière de gestion d'entreprise	La preuve que la faillite a été directement causée par un des évènements listés 1° une calamité naturelle qui a été reconnue comme telle par le Gouvernement en conseil ; 2° une destruction involontaire du lieu de production ou de l'outil de production ; 3° la perte d'un client prééminent ; 4° un chantier de travail public d'envergure ; 5° l'incapacité partielle ou totale de travail du dirigeant médicalement attestée ; 6° une pandémie reconnue comme telle par le Gouvernement en conseil ;

⁵ Article 6 (2) alinéa 1^{er} de la loi modifiée du 2 septembre 2011

		<p>7° une perte de rentabilité à la suite d'une perturbation majeure du marché.</p> <p>Le point 7° ne s'applique que pour autant que la faillite ait été rendue sur aveu.</p>
2de condition	<p>L'absence d'un manquement à l'honorabilité professionnelle.</p> <p>En pratique, le dirigeant ne pouvait bénéficier d'une nouvelle chance si des dettes importantes auprès des créanciers publics dans le cadre d'une faillite ou liquidation judiciaire existait.</p>	<p>Définitions de seuils de dettes auprès de créanciers publics au-dessous desquels un accord de paiement n'est pas requis pour bénéficier d'une nouvelle chance :</p> <p>1° concernant la taxe sur la valeur ajoutée, le seuil est fixé à 1 pour cent des montants nets effectivement versés, pendant les cinq derniers exercices, à l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA ;</p> <p>2° concernant les impôts directs, le seuil est fixé à 1 pour cent des montants effectivement versés, pendant les cinq derniers exercices, à l'Administration des contributions directes. Le seuil ne s'applique pas aux retenues à la source ;</p> <p>3° concernant les cotisations sociales, le seuil est fixé à un montant équivalent de quatre mois de cotisations, calculé par le Centre commun de la sécurité sociale sur la base de la moyenne mensuelle des vingt-quatre derniers mois.</p>
