



Dossier

Le droit de l'insolvabilité des entreprises: une évolution, pas une révolution

Le 1^{er} mai 2018, le Livre XX du Code de droit économique entrera en vigueur et avec lui disparaîtra la notion de commerçant. Les lois sur la continuité des entreprises et la loi sur les faillites s'effaceront au profit de ce nouveau livre, bien qu'il ne bouleversera pas le droit qui en découle. Cependant, l'évolution législative permettra à l'entreprise en difficulté de se réorienter, et ce, grâce aux praticiens de l'insolvabilité.

Une des grandes modifications introduites par le Livre XX du Code de droit économique consiste en la disparition de la notion de commerçant et, partant, de la distinction entre commerçant et non-commerçant, pour se fondre dans la notion d'entreprise. Or, l'article 1675/2 du Code judiciaire permettait jusqu'ici aux personnes physiques n'ayant pas la qualité de commerçant au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce d'introduire un règlement collectif de dettes (RCD).

L'article 1^{er} du Code de commerce définit le commerçant comme celui qui exerce des actes qualifiés

commerciaux par la loi et qui en fait sa profession habituelle, soit à titre principal, soit à titre complémentaire. L'article 2 dresse une liste d'actes réputés commerciaux. Parmi ces actes figurent notamment l'achat effectué avec l'intention d'une revente directe, les activités de transport, les activités d'intermédiation. Ainsi, possèdent le statut de commerçant notamment les agents immobiliers, les courtiers en assurance, les ambulanciers indépendants... Par opposition, les indépendants non commerçants sont notamment les psychologues, les kinésithérapeutes, les sages-femmes, les vété-



rinaires, les architectes, les pharmaciens, les gardiennes d'enfants...

L'article du Code judiciaire relatif au RCD permettait cependant à l'ancien commerçant de déposer une requête dans deux hypothèses. D'une part, s'il a cessé son activité commerciale depuis six mois au moins et à condition qu'il le prouve (à titre d'exemple: radiation du numéro BCE, vente du fonds de commerce, résiliation du contrat de bail commercial) et, d'autre part, s'il a fait l'objet d'une procédure de faillite clôturée.

La situation de l'agriculteur était particulière dans la mesure où il pouvait être parfois considéré comme commerçant, parfois comme non-commerçant. Tout dépendait de son activité, selon qu'elle est considérée comme majoritairement commerciale ou pas.

La situation du dirigeant d'entreprise en personne physique était également particulière dès lors qu'il pouvait être considéré comme commerçant¹ ou non, et donc, dans ce dernier cas, bénéficiaire d'un règlement collectif de dettes. On imagine une personne gérante d'une SPRL unipersonnelle en faillite, faisant une demande de règlement collectif de dettes pour y inclure des dettes de cautionnement des engagements de son ancienne SPRL. Pour que les dirigeants de sociétés soient considérés comme des commerçants, il faut la réunion de trois conditions dans leur chef: le fait d'accomplir des actes de commerce, à titre professionnel et en agissant en son nom et pour son compte. Cette dernière condition exclut de la catégorie des commerçants ceux qui agissent pour le compte d'autrui, ainsi les administrateurs et les gérants de sociétés commerciales².

De la notion de commerçant à celle d'entreprise

À partir du 1^{er} mai 2018, le Livre XX du Code de droit économique (CDE) entrera donc en vigueur et la notion de commerçant disparaîtra pour se fondre dans celle d'entreprise. En toute logique, le Code de commerce devrait être modifié, voire être appelé à disparaître, et l'article 1675/2 du Code judiciaire sera modifié. Selon le nouvel article XX.1 §1^{er} du CDE, l'entreprise peut être: toute personne physique qui exerce à titre indépendant une activité professionnelle, toute personne morale³, toute organisation sans personnalité juridique⁴.

Le champ d'application de la loi est extrêmement large: tous les indépendants exerçant en personne physique (les commerçants, les artisans, les professions libérales) à titre principal ou à titre complémentaire, seront considérés comme des entreprises. Les personnes physiques dirigeantes et les organes de personnes morales n'échappent plus à la notion d'entreprise⁵. Ces personnes étant indépendantes, elles se retrouvent donc sous le statut d'entreprise. Adieu les anciens débats pour savoir si un dirigeant

de société a accès ou non au RCD. Avec le Livre XX, il ne sera plus possible pour eux d'être admis dans le cadre de cette procédure.

Les personnes physiques qui échappent à la notion d'entreprise sont bien évidemment les personnes qui n'exercent pas de profession à titre indépendant. Il en est de même pour les personnes qui assument la gestion normale de leur patrimoine personnel. Elles ne seront pas considérées comme des entreprises⁶.

De manière transitoire, pour les indépendants qui seront admis en RCD avant le 1^{er} mai 2018, rien ne change, ils continueront à en bénéficier. Pour les autres, il sera trop tard: le Livre XX du CDE simplifie les choses, l'accès au RCD sera désormais impossible par le seul fait qu'ils sont indépendants. L'article 1675/2 du Code judiciaire continuera à prévoir l'exception pour les entreprises-personnes physiques qui sont en cessation d'activité depuis plus de six mois et les entreprises-personnes physiques dont la faillite est clôturée. Notez que, pour ces dernières, la faillite prévoit l'effacement des dettes.

Des praticiens de l'insolvabilité pour des solutions adaptées

Le recours à ces praticiens a été élargi pour aider l'entreprise en difficulté à trouver la solution la plus adaptée à son insolvabilité: un accord amiable avec différents créanciers, une réorganisation judiciaire ou une faillite.

- Désignation d'un mandataire de justice (article XX.30 CDE)

Le mandataire de justice est un praticien de l'insolvabilité qui va épauler l'entreprise en difficulté. Avant, c'était l'entreprise elle-même qui pouvait demander sa désignation, et ce, uniquement dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire. À partir du 1^{er} mai, l'entreprise pourra la demander au tribunal⁷, qu'il y ait une procédure de réorganisation judiciaire ou non. En outre, le procureur du Roi et toute personne intéressée pourront désormais demander la désignation d'un mandataire de justice lorsque l'entreprise commet des manquements graves et caractérisés qui menacent sa continuité⁸.

Le demandeur doit aussi définir la mission qu'il souhaite voir accomplie. Par exemple: contrôler la comptabilité, contrôler et/ou effectuer les dépenses de l'entreprise en difficulté, négocier des accords amiables.

Si le débiteur en difficulté est un titulaire de profession libérale⁹, le mandataire de justice doit être de la même profession que lui (article XX.30 alinéa 2 CDE). L'ordonnance prise par le tribunal désignant le mandataire de justice justifie et détermine l'étendue et la durée de la mission. Le tribunal est lié par la demande de désignation du mandataire de justice,

mais il n'est pas limité au niveau de l'étendue de la mission qu'il va définir dans l'ordonnance.

- L'administrateur provisoire et le dessaisissement (article XX.32 CDE)

À partir du 1^{er} mai 2018, avant une réorganisation judiciaire ou une faillite, lorsqu'il existe des indices graves, précis et concordants que les conditions de la faillite sont réunies, le président du tribunal pourra dessaisir en tout ou en partie l'entreprise de la gestion de ses actifs ou de ses activités, en désignant un administrateur provisoire qui agira pour la conservation et la gestion des actifs de l'entreprise en difficultés. Avant cette date, le dessaisissement¹⁰ ne pouvait se faire que dans le cadre de la faillite.

À la différence du mandataire de justice, l'administrateur provisoire prend la gestion de l'entreprise provisoirement. L'intervention de l'administrateur provisoire est décidée par le président du tribunal, soit d'office, soit à la requête de tout intéressé.

Une demande de faillite, de réorganisation judiciaire ou de dissolution judiciaire doit être sollicitée dans un délai de 21 jours. Si une telle demande est formulée, mais qu'elle n'aboutit pas dans les quatre mois, la mission de l'administrateur provisoire prendra fin.

- Le médiateur d'entreprise (article XX.36 CDE)

Le médiateur d'entreprise a pour mission de trouver un accord amiable avec les créanciers et/ou d'introduire une procédure en réorganisation judiciaire¹¹. Avant, la loi ne prévoyait pas de médiateur d'entreprise, ce rôle était souvent joué par l'avocat de l'entreprise.

À partir du 1^{er} mai, la fonction de médiateur d'entreprise est créée et seule l'entreprise pourra choisir son médiateur. Son rôle est d'agir avec l'accord de l'entreprise et de l'assister au mieux.

Des modifications dans le cadre de la faillite

- La nouvelle étendue du dessaisissement devient plus humaine pour le débiteur failli

Pour un failli personne physique, le dessaisissement représente la perte de la gestion de ses actifs (qui regroupe son patrimoine tant privé que professionnel, seuls les meubles se trouvant sur la liste prévue à l'article 1408 du Code judiciaire restent insaisissables) et des activités professionnelles, au profit d'un curateur désigné par le tribunal de commerce.

Actuellement, le dessaisissement prévu à l'article 16 de la loi sur les faillites vise tous les biens, même les biens futurs qui entrent dans le patrimoine, tant que la faillite n'est pas clôturée. Ce qui pouvait déboucher sur des situations parfois interpellantes. Par exemple: en juin 2017, Monsieur X indépendant en personne physique est déclaré en faillite. En jan-

vier 2018, Monsieur X ne peut bénéficier de l'héritage de sa mère parce que les créanciers ne sont pas désintéressés et que la faillite n'est pas encore clôturée.

À partir du 1^{er} mai, le dessaisissement pour les biens futurs sera possible, pour autant qu'il y ait une cause antérieure à la faillite¹². Par exemple: Monsieur X indépendant personne physique en faillite, trouve après la faillite un emploi salarié avec une rémunération de 2.000 euros net. Le curateur ne pourra lui réclamer la quotité saisissable sur son salaire, car son emploi est postérieur à la faillite (à l'inverse de ce que prévoyait l'article 16 de l'ancienne loi). Il s'agit d'une mauvaise affaire du point de vue des créanciers de la faillite et d'un progrès pour le nouveau départ du débiteur failli.

- L'effacement des dettes remplace l'excusabilité

À partir du 1^{er} mai 2018, ne dites plus «excusabilité» mais «effacement des dettes» d'une entreprise-personne physique en faillite.

Désormais, l'article XX.173 §2 CDE exige une requête à l'initiative du failli, sans quoi, le tribunal ne se prononcera pas sur l'effacement. Les nouveaux faillis devront donc être plus actifs que par le passé, car sans requête de leur part, point d'effacement.

L'article XX.173 CDE concerne le délai du dépôt de la requête en effacement. S'il s'agit d'un aveu de faillite, la requête en effacement devrait être jointe à l'aveu ou dans un délai de trois mois après publication du jugement déclaratif de faillite. Dans les autres cas de faillite (citation par le procureur du Roi ou par un créancier), le délai pour le dépôt de la requête au greffe¹³ sera de six mois à partir du jugement déclaratif ou à tout moment, l'initiative appartenant au failli. Il pourra même solliciter l'effacement après le jugement de clôture de la faillite¹⁴.

Quelle est l'étendue de l'effacement? En principe, le failli sera libéré envers les créanciers du solde des dettes¹⁵. Par exception, quelques rares dettes existeront toujours: les dettes de la masse (celles nées après le jugement déclaratif de la faillite et réalisées pour les besoins des créanciers), les dettes alimentaires du failli, les dettes relatives à l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne par la faute du failli.

Et après le 1^{er} mai?

Des modifications favorables aux entreprises et à leurs créanciers seront mises en place. Premièrement, de nouvelles possibilités s'ouvriront pour désigner les praticiens de l'insolvabilité. Deuxièmement, ces professionnels pourront être désignés avant toute procédure de réorganisation judiciaire ou de faillite. L'administrateur provisoire prendra la gestion de





l'entreprise à la place du débiteur. Le mandataire de justice assumera des missions qui lui seront définies par le tribunal, le débiteur ne sera plus seul mais «sous contrôle». Le médiateur d'entreprise aidera l'entreprise à la réussite d'un accord amiable, d'une réorganisation judiciaire ou au transfert d'entreprise sous autorité judiciaire.

Nous espérons que ces évolutions apportant des solutions en amont permettront parfois d'éviter la faillite ou, si celle-ci est inévitable, d'en limiter les effets pour les créanciers. Enfin, notons que, dans le cadre d'une faillite, le dessaisissement ne concernera plus, en principe, les biens futurs et que l'effacement devra être sollicité par le débiteur-personne physique.

Gwénaél Leriche,
juriste auprès de l'Observatoire du crédit
et de l'endettement

- 1 Les sociétés commerciales peuvent être à responsabilité limitée ou illimitée. Si elle est à responsabilité illimitée, les dirigeants et les associés seront considérés comme commerçants. À titre d'exemple, dans une société en commandite simple, les associés à responsabilité illimitée et solidaire qui font du commerce en nom collectif sont considérés comme commerçants en raison de leur participation à la société (cour du travail de Gand, 21 février 2014, AJC, 2014, p. 211). À l'inverse, si la société commerciale est à responsabilité limitée, les dirigeants et les associés actifs ne deviennent pas commerçants. La Cour de cassation a estimé qu'un gérant et associé dans des SPRL n'a pas la qualité de commerçant dès lors qu'il n'est pas suffisamment établi que dans le cadre de ses mandats, ce dernier accomplit habituellement des actes réputés commerciaux pour son propre compte (Cassation, 3^e ch., 2 mai 2016, AJC 2016, Kluwer, Waterloo, 2017, p. 279).
- 2 Le gérant d'une SPRLU ne peut avoir la qualité de commerçant, ce statut n'ayant appartenu qu'à la personne morale. La qualité de gérant et d'associé unique d'une SPRLU ne fait pas obstacle à une admission en règlement collectif de dettes (cour du travail de Mons 10^e ch., 2 novembre 2011, AJC 2011, p. 154).
- 3 Les sociétés commerciales (notamment les sociétés anonymes, les sociétés privées à responsabilité limitée), les sociétés européennes et sociétés coopératives européennes, les groupements européens d'intérêt économique, les sociétés agricoles, les sociétés civiles à forme commerciale, les associations sans but lucratif (comme beaucoup d'hôpitaux, des maisons de repos et établissement d'enseignement), les associations internationales sans but lucratif, les fondations, les mutuelles, les unions professionnelles.
- 4 Des associations de fait, des sociétés en formation, certaines unions professionnelles et associations de copropriétaires.
- 5 Z. Pletinckx, in X., *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, 2017, Larcier, Bruxelles, p. 21.
- 6 Exemple de gestion normale d'un patrimoine personnel: souscrire, acquérir ou détenir des actions, titres ou parts dans une société (exposé des motifs, Doc. parl., Ch., 2016-2017, n°54-2407/001, p. 27). Un autre exemple pourrait être de mettre en location un immeuble hérité de ses parents.
- 7 Le tribunal de l'insolvabilité est le tribunal de commerce compétent pour ouvrir une procédure d'insolvabilité (article I. 22, 4^o CDE).
- 8 Exemples: absence de tenue de comptabilité, travail au noir et fraude fiscale.
- 9 L'article I. 1.14^o CDE définit la profession libérale comme toute entreprise dont l'activité consiste principalement à effectuer à titre indépendant des prestations intellectuelles pour lesquelles une formation préalable et permanente est nécessaire et qui est soumise par une loi à une éthique dont le respect peut être appliqué par une institution disciplinaire.
- 10 Qui est pour l'entreprise la perte de la gestion de son patrimoine et de ses activités (initialement au profit du curateur de la faillite).
- 11 Y compris un transfert d'entreprise.
- 12 Article XX.110 §1^{er} CDE.
- 13 La demande d'effacement ne devrait pas se faire via le Registre central de la solvabilité (www.regsol.be), mais via le greffe.
- 14 Selon Werner Derijke (en se basant sur l'article 2262 bis, §1^{er}, alinéa 1er du Code civil concernant la prescription de droits personnels), la demande en effacement peut être formulée à tout moment à compter de l'aveu ou de la déclaration de faillite et jusqu'à dix ans après la clôture de celle-ci. W. Derijke, in X., *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, 2017, Larcier, Bruxelles, p. 222.
- 15 L'article XX.173 §1^{er} CDE précise que cette libération du solde des dettes est sans préjudice des sûretés réelles (hypothèques) données par le failli.