

## **Le point sur la faillite et ses alternatives**

### **Note de synthèse liée au webinaire du 10 juin 2021**

Cette note propose de dresser les grandes options ouvertes à ce jour aux dirigeants et/ou associés d'une entreprise en difficulté en distinguant les procédures d'insolvabilité, la dissolution volontaire de l'entreprise, et l'aveu de la faillite.

### **1. LES PROCEDURES D'INSOLVABILITE**

Le droit luxembourgeois dispose de trois procédures de prévention de la faillite pour les entreprises :

- le sursis de paiement, visé aux articles 593 à 613 du Code de commerce,
- la gestion contrôlée prévue par un arrêté grand-ducal du 24 mai 1935,
- le concordat préventif de la faillite qui date d'une loi du 14 avril 1886.

Ces alternatives à la faillite sont malheureusement devenues de véritables curiosités statistiques car elles sont très rarement utilisées.

#### **1.1. Le sursis de paiement & le concordat préventif de la faillite**

##### **▪ Le sursis de paiement**

Les dispositions relatives au sursis de paiement, codifiées aux articles 593 à 614 du Code de commerce, ont pour objectif de permettre à une entreprise faisant face à des difficultés financières passagères de surseoir à payer ses créanciers pendant un temps déterminé. Le sursis ne peut lui être accordé que si son patrimoine est suffisant pour désintéresser l'ensemble de ses créanciers ou si la situation offre des gages solides d'amélioration.

##### **▪ Le concordat préventif de la faillite**

Cette procédure judiciaire est conçue comme une faveur accordée à une entreprise afin d'éviter de déclarer la faillite si elle obtient l'accord de la majorité de ses créanciers (homologué par le tribunal), appelé « concordat ».

##### **▪ Des procédures inadaptées**

Le sursis de paiement et le concordat préventif sont des procédures inadaptées pour plusieurs raisons :

- (1) Elles sont extrêmement complexes, lourdes et donc coûteuses.
- (2) Elles imposent d'obtenir l'accord de la majorité des créanciers représentant les  $\frac{3}{4}$  des sommes dues.
- (3) Le bénéfice de ces procédures ne s'applique pas aux dettes qui sont pourtant celles qui bien souvent posent problème aux PME, à savoir les créances de l'Etat (impôts, sécurité sociale, etc.) et les créances garanties par des privilèges, hypothèques ou nantissements.

#### **1.2. La gestion contrôlée**

La gestion contrôlée peut être demandée par un commerçant si son crédit est ébranlé ou si l'exécution intégrale de ses engagements doit être comprise.

Elle peut poursuivre deux objectifs :

- la réorganisation des affaires du commerçant, ou
- la bonne réalisation de son actif :

Il est cependant rare qu'une procédure de gestion contrôlée aboutisse à une réorganisation ou une liquidation concertée de l'entreprise en raison notamment :

- de la complexité et du coût de la procédure prévue pour élaborer un plan de réorganisation ou de liquidation de l'actif par des « commissaires » nommés par le tribunal ;
- de la nécessité de faire accepter le plan de réorganisation/de liquidation par plus de la moitié des créanciers représentant plus de la moitié du passif et aussi de la faire valider par le tribunal.

## **2. LA DISSOLUTION VOLONTAIRE**

### **2.1. La procédure classique**

La dissolution volontaire d'une société suppose classiquement plusieurs décisions de l'assemblée générale des actionnaires (ou « AG »).

En effet, si l'AG décide de dissoudre la société, la société conserve sa personnalité juridique pour les besoins de sa liquidation.

- la 1<sup>ère</sup> décision de l'AG – qui doit être prise en respectant les conditions de forme, de quorum et de majorité imposées pour modifier les statuts de la société – doit valider le principe de la dissolution de la société et nommer le liquidateur qui représente seul la société ;
- une 2<sup>ème</sup> AG ordinaire est convoquée par le liquidateur pour soumettre les comptes de la liquidation, et le rapport de liquidation ; un commissaire est nommé pour contrôler la gestion faite par le liquidateur ;
- enfin, la 3<sup>e</sup> et dernière AG, approuve les comptes, donne décharge au liquidateur et au commissaire et clôture la liquidation de l'entreprise.

Une fois la clôture de la liquidation prononcée par la dernière assemblée générale, et publiée auprès du registre de commerce (RESA), la société survit encore pendant 5 années, pour répondre des éventuelles actions des créanciers de la société.

Pour les entreprises de construction, le liquidateur est tenu – même en dehors de tout litige - de provisionner les montants estimés ou de conclure une assurance, afin de faire face à d'éventuelles actions en garantie des articles 1792 et 2270 du Code civil (Cour de Cassation, 7/02/2013, arrêt n° 10/13)

### **2.2. La procédure simplifiée**

La procédure simplifiée de dissolution volontaire a été consacrée par le législateur en 2016 lors de la modernisation du droit des sociétés.

Le mécanisme - aussi appelée procédure de « dissolution-confusion. » permet à un associé unique de procéder à la dissolution de la société sans la liquider en reprenant l'ensemble du patrimoine de la société dissoute (actif et passif) par transmission universelle.

Cette procédure impose au préalable la réunion de toutes les parts sociales auprès d'un associé unique.

Elle n'est possible que si la société liquidée s'est acquittée de ses obligations envers le Centre Commun de la Sécurité Sociale, l'Administration des contributions directes et l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines (article 1100-1 de la loi modifiée sur les sociétés commerciales).

De plus, tout créancier de la société dissoute peut demander judiciairement la constitution de suretés dans les 30 jours de la publication de la dissolution.

On appréciera que cette procédure simplifiée reporte en réalité le risque sur l'associé unique car ce dernier devient personnellement responsable du passif de la société dissoute.

### **3. LA FAILLITE SUR AVEU**

#### **3.1. L'obligation de faire l'aveu de faillite dans le mois de la cessation des paiements**

La décision de faire l'aveu de la faillite appartient en principe aux associés.

Cependant représentant légal de la société (un gérant ou un administrateur) a la possibilité de faire l'aveu de la faillite s'il peut se prévaloir de la décision des associés, respectivement si cela s'impose en raison des circonstances le cas échéant en respectant les règles de prise de décision déterminées dans les statuts.

L'obligation pour une entreprise de se déclarer en faillite dans le délai d'un mois à compter de l'état de cessation des paiements a été suspendue en raison de la pandémie, jusqu'au 30 juin, et cette mesure sera vraisemblablement prolongée jusqu'au 31 décembre 2021 ([Dossier parlementaire 7826](#)).

Cependant, cette loi ne précise pas les effets de cette mesure de faveur sur la notion d'aveu tardif de faillite comme faute de gestion.

Aussi, il est conseillé aux dirigeants et/ou aux associés de faire l'aveu de la faillite dans les meilleurs délais si l'avenir de la société est irrémédiablement compromis plutôt que d'attendre une faillite d'office ou sur assignation d'un des créanciers, et de voir leurs responsabilités potentiellement engagées.

#### **3.2. Les responsabilités en cas d'aveu tardif de faillite**

L'aveu tardif de déclarer une faillite est souvent qualifié de faute susceptible d'engager la responsabilité du dirigeant qu'il soit de droit ou de fait, apparent ou occulte.

Les responsabilités sont variées, et on notera en particulier les suivantes :

- L'autorisation d'établissement perd sa validité de plein droit en cas de faillite et une nouvelle autorisation risque de ne pouvoir être obtenue en cas d'arriérés importants auprès des créanciers publics jusqu'au règlement de toutes ces dettes (article 6 paragraphe 4 de la loi du 2 septembre 2011 sur le droit d'établissement), respectivement si le rapport que le curateur doit transmettre au Parquet économique est défavorable.
- Une interdiction professionnelle de 1 à 20 ans peut être prononcée, notamment en cas de faute du dirigeant (article 444-1 du Code de commerce).
- Le curateur peut agir contre le dirigeant fautif en comblement de passif en cas de faute ayant aggravé le passif (article 495-1 du Code de commerce).

- L'aveu tardif de la faillite est aussi un cas de banqueroute simple (article 573 et suivants du Code de commerce).
- La responsabilité personnelle des dirigeants vis-à-vis des administrations fiscales (bulletins d'appel en garantie).

### **3.3. L'ouverture de la faillite et la période suspecte**

Si le tribunal prononce la faillite, les représentants sont dessaisis de la gestion de la société au profit d'un curateur nommé par le tribunal pour inventorier, récupérer les actifs, vérifier les créances, et liquider la faillite pour distribution aux créanciers.

On soulignera que les 6 mois avant la date du jugement d'ouverture de la faillite sont systématiquement qualifiés en tant que « période suspecte », ce qui permet de déclarer nul ou annulable certains actes accomplis pendant cette période par le gérant/administrateur et qui sont anormaux et préjudiciables aux créanciers.

[Gilles.Cabos@cdm.lu](mailto:Gilles.Cabos@cdm.lu)