

## La préservation de l'activité ou des actifs en cas de difficulté financière

A la suite de la [loi du 7 août 2023](#)<sup>1</sup>, en vigueur au 1<sup>er</sup> novembre 2023, des nouvelles dispositions en faveur de la préservation de tout ou partie des actifs ou des activités d'une entreprise en difficulté financière.

Ces dispositions peuvent être classées en trois catégories :

- les procédures de réorganisation ;
- les mesures de prévention ;
- les mesures d'accompagnement.

### 1. Les procédures de réorganisation

Les entreprises en difficulté financière peuvent, à partir du 1<sup>er</sup> novembre 2023, conclure une réorganisation de l'entreprise par accord amiable des créanciers, ou solliciter l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire.

Ces nouvelles procédures sont destinées à remplacer des procédures de réorganisation qui sont, depuis longtemps, tombées en désuétude car trop formelles et contraignantes.<sup>2</sup>

#### 1.1. La réorganisation de l'entreprise par accord amiable

La loi du 7 août 2023 fixe un cadre légal permettant à une entreprise de proposer à au moins deux créanciers un accord amiable en vue de la réorganisation de tout ou partie de ses actifs ou de ses activités.

L'accord doit concerner au moins deux créanciers. Si le débiteur n'a qu'un seul créancier, l'accord peut alors ne concerner que ce créancier.

Afin de favoriser l'accord amiable, la loi fixe les règles suivantes :

---

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

<sup>2</sup> « La loi du 14 avril 1886 concernant le concordat préventif de la faillite et l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 complétant la législation relative aux sursis de paiement, au concordat préventif de la faillite et à la faillite par l'institution du régime de la gestion contrôlée sont abrogés, tout en restant applicables aux procédures en cours » (article 85 de la loi du 7 août 2023).

- L'accord peut être homologué par le tribunal, à la demande du débiteur, afin de lui conférer un caractère exécutoire.
- L'homologation de l'accord permet au juge de vérifier que l'accord poursuit bien l'objectif de réorganisation et ne constitue pas un moyen détourné de privilégier certains créanciers par rapport aux autres créanciers.
- Les paiements résultant de cet accord échappent à la nullité des articles 445 et 446 du code de commerce en cas de faillite.
- La responsabilité des créanciers participant à un accord homologué ne pourra pas être recherchée par le débiteur, les autres créanciers ou un tiers, pour la seule raison que l'accord n'a pas effectivement permis de préserver la continuité de l'entreprise.

On notera que le débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire afin d'obtenir un sursis pour négocier un tel accord amiable.

## **1.2. Les procédures de réorganisation judiciaire**

Une demande de réorganisation judiciaire peut désormais être introduite par une entreprise en difficulté par voie de requête auprès de la Chambre commerciale du Tribunal d'arrondissement.

### **1.2.1. L'objectif de la procédure**

La finalité de la procédure de réorganisation judiciaire est de préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités de l'entreprise.

Une procédure de réorganisation judiciaire doit poursuivre un des objectifs suivants :

#### **1°) Obtenir un sursis de paiement afin d'avoir le temps de trouver un accord amiable**

L'avantage du sursis est de suspendre des poursuites individuelles des créanciers.

La durée du sursis est fixée à 4 mois avec une possibilité de prolongation d'une durée maximale de 12 mois en raison, soit d'une procédure de transfert d'entreprise, soit de « circonstances exceptionnelles » énumérées de manière non limitatives comme par exemple la taille de l'entreprise, la complexité de l'affaire ou l'importance de l'emploi.

#### **2°) Obtenir l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation**

Dans ce cas, on notera que :

- le débiteur doit communiquer aux différents créanciers, 14 jours après le jugement d'ouverture de la procédure, le montant de leur créance et les garanties qui les accompagnent ;
- le débiteur doit aussi élaborer un plan de réorganisation 20 jours au moins avant la date de l'audience pour le vote et l'homologation de ce plan ;
- le plan doit être approuvé par la majorité des créanciers représentant la moitié des sommes dues en principal, et cette double majorité est appréciée dans chaque classe de créanciers.

#### **3°) Organiser le transfert de l'entreprise ou d'une partie des activités**

Le transfert d'entreprise ou d'une partie des activités peut être une solution pour garantir le maintien d'une activité économique.

En cas de transfert par décision de justice, on notera que le régime protecteur des droits des salariés de l'article L.125-1 du code de travail est applicable.

### 1.2.2. Une alternative à la faillite

La procédure de réorganisation judiciaire est une alternative à la faillite.

En effet, suivant la loi du 7 août 2023, « *L'état de faillite du débiteur ne fait pas obstacle à l'ouverture ou à la poursuite de la procédure de réorganisation judiciaire* » (article 19 alinéa 2).

En conséquence, si un débiteur opte pour cette procédure, l'obligation de faire l'aveu de faillite dans le mois de la cessation des paiements est suspendue.

Cette suspension a été ajoutée à l'article 440 du code de commerce, dans un 2<sup>d</sup> alinéa : « *L'obligation de faire cet aveu est suspendue à compter du dépôt d'une requête en réorganisation judiciaire et aussi longtemps que dure le sursis accordé (...).* »

On notera que, pour éviter les procédures abusives, le débiteur qui a déjà demandé et obtenu un sursis ne peut plus le demander dans un délai de trois ans, sauf s'il s'agit de demander le transfert total ou partiel de l'entreprise ou de ses activités.

### 1.2.3. Absence de dessaisissement

L'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire n'entraîne pas le dessaisissement du débiteur qui reste en principe responsable de la gestion de ses affaires.

Cependant, en cas de faute grave et caractérisée, le tribunal peut, dans le jugement d'ouverture ou un jugement ultérieur, substituer au débiteur un administrateur provisoire (article 23 de la loi du 7 août 2023).

### 1.2.4. La constitution d'un dossier

Pour bénéficier d'une réorganisation judiciaire l'entreprise en difficulté doit constituer un dossier très complet.

La Chambre des Métiers apprécie que sa demande d'alléger le formalisme imposé pour bénéficier de cette procédure ait été prise en considération par le législateur.<sup>3</sup>

Ainsi, le débiteur dispose d'un délai, respectivement de justifier la non-communication de certains documents, comme détaillé dans le tableau ci-après :

Documents	Communication
-----------	---------------

<sup>3</sup> Avis de la Chambre des Métiers du 7 mars 2023, page 4, point 1.1.5.1. « (...) La Chambre des Métiers déplore que les amendements sous avis aillent dans le sens d'une aggravation du formalisme exigé pour accéder à la procédure de réorganisation judiciaire alors qu'elle plaide en faveur d'un allègement de ce formalisme. En effet, suivant le projet de loi sous avis, un débiteur n'aura plus la possibilité de pouvoir régulariser un dossier ex post, ni celle d'accéder à une procédure de cession de l'entreprise en cas de dossier incomplet. L'ampleur des pièces exigées reste aussi inadaptée à la réalité d'une petite ou très petite entreprise alors que celle-ci subit des difficultés financières et qu'elle doit réagir rapidement. Le risque est que les PME ou TPE n'aient pas accès à la procédure de réorganisation et qu'elles n'aient d'autre choix que d'opter directement pour la faillite, comme c'est le cas aujourd'hui. (...)». [Document parlementaire N°6539A<sup>4</sup>](#)

<p>1) Un exposé des faits sur lesquels est fondée sa demande et dont il ressort qu'à son estime, la continuité de son entreprise est menacée à bref délai ou à terme</p>	<p>Au moment de la requête</p>
<p>2) L'indication de l'objectif ou des objectifs pour lesquels il sollicite l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire</p>	
<p>3) Les 2 derniers comptes annuels approuvés qui auraient dû être déposés, respectivement les 2 dernières déclarations d'impôts pour les personnes physiques</p>	
<p>4) Une situation comptable de son actif et de son passif et un compte de résultats ne datant pas de plus de trois mois, établis avec l'assistance d'un réviseur d'entreprises, d'un expert-comptable ou d'un comptable.</p>	<p>Alternativement :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- possibilité de communiquer ces documents au plus tard 2 jours avant l'audience ;</li> </ul>
<p>5) Un budget contenant une estimation des recettes et dépenses pour la durée minimale du sursis demandé, préparé avec l'assistance d'un réviseur d'entreprises, d'un expert-comptable ou d'un comptable (*)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- possibilité de communiquer les motifs de la non-communication dans une note circonstanciée au plus tard 2 jours avant l'audience.</li> </ul>
<p>6) Une liste complète des créanciers sursitaires reconnus ou se prétendant tels</p>	
<p>7) Un exposé des mesures et propositions qu'il envisage pour rétablir la rentabilité et la solvabilité de son entreprise, pour mettre en œuvre un éventuel plan social et pour satisfaire les créanciers (*)</p>	
<p>8) Un exposé de la manière dont le débiteur a satisfait aux obligations légales et conventionnelles d'information et de consultation des salariés ou de leurs représentants</p>	
<p>9) Le cas échéant, une copie des commandements et exploits de saisie-exécution mobilières et immobilières</p>	<p>Au moment de la requête</p>
<p>10) La liste des associés si le débiteur est une personne morale dont au moins un associé a une responsabilité illimitée et la preuve que l'associé a été informé.</p>	

(\*) Documents non obligatoires si la requête tend à obtenir un transfert d'entreprise

## **2. Les mesures de prévention**

Dans ce souci de préserver l'activité et d'éviter des points de non-retour, la loi du 7 août 2023 prévoit une meilleure détection des entreprises en difficulté.

### **2.1. Nouvelle mission dévolue au Ministre de l'Economie et au Ministre des Classes moyennes**

Le Ministre de l'Economie et le Ministre des Classes Moyennes, chacun dans leurs attributions respectives (ci-après « le Ministère) ont désormais une mission de détecter les entreprises qui seraient en difficulté financière.

Pour les besoins de cette mission, la loi organise pour le Ministère un accès à différentes informations collectées par d'autres administrations, telles que : le dépôt et la publicité des comptes annuels, les jugements de condamnation par défaut ou dont le principal n'a pas été contesté, ou encore les licenciements pour motifs économiques notifiés au secrétariat du Comité de conjoncture.

Concrètement, si le Ministère détecte des difficultés financière, il pourra :

- demander au gérant de lui communiquer plus d'informations relatives à l'état de ses affaires ;
- l'informer sur des mesures de réorganisation.

### **2.2. Nouvelle instance administrative : la cellule d'évaluation des entreprises en difficulté (ci-après « la CEED »)**

La CEED sera composée de cinq fonctionnaires représentant le Centre commun de la sécurité sociale, l'Administration des contributions directes, l'Administration de l'enregistrement et des domaines, le Ministère de l'Economie, et le département des Classes moyennes.

Le rôle de la CEED est un organe de concertation entre ces administrations d'apprécier si une assignation en faillite d'une entreprise débitrice est, ou n'est pas, opportune.

## **3. Les mesures d'accompagnement**

Différents praticiens peuvent être nommés dans le cadre de la réorganisation, que ce soit pendant la phase administrative de détection et prévention, ou la phase judiciaire.

### **3.1. Le conciliateur d'entreprise**

Une entreprise en difficulté financière peut demander au Ministère la nomination d'un conciliateur d'entreprise en vue de faciliter sa réorganisation, que ce soit en dehors ou dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire.

L'étendue et la durée de la mission du conciliateur d'entreprise sera définie lors de sa nomination.

Le rôle du conciliateur d'entreprise peut être de préparer et favoriser :

- soit la conclusion et l'exécution d'un accord amiable
- soit l'obtention de l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation

- soit le transfert moyennant décision de justice à un ou plusieurs tiers de tout ou partie des actifs ou des activités.

Sans avoir de rôle décisionnel, ce praticien est en quelque sorte un conseil de l'entreprise en difficulté.

Les frais du conciliateur seront à la charge de l'entreprise.

### **3.2. Le mandataire de justice**

La loi du 7 août 2023 prévoit des possibilité de nomination d'un mandataire de justice au cours de la réorganisation, sans dessaisissement du débiteur :

- nomination à la demande du procureur d'Etat ou tout intéressé si des manquements graves et caractérisés du débiteur ou de l'un de ses organes menacent la continuité de l'entreprise en difficulté ou de ses activités économiques (article 10) ;
- nomination à la demande du débiteur ou d'un tiers dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire dès lors que sa mission peut être utile (article 22, et 41) ;
- nomination obligatoire en cas de transfert d'entreprise pour assurer une mission de contrôle (article 56).

### **3.3. L'administrateur provisoire**

Exceptionnellement le gérant de l'entreprise en difficulté financière peut être dessaisi de ses affaires pendant une procédure de réorganisation en cas de « faute grave et caractérisée ».

Dans ce cas, la gestion de l'entreprise peut être dévolue à un administrateur provisoire (article 23 de la loi du 7 août 2023).