

10 La réforme du droit luxembourgeois des entreprises en difficulté à l'aune de la transposition de la directive 2019/1023/UE sur la restructuration et l'insolvabilité

Thomas MASTRULLO,

professeur adjoint à l'université de Luxembourg

En transposant la directive 2019/1023/UE sur la restructuration et l'insolvabilité, la loi du 7 août 2023 a modernisé le droit luxembourgeois des entreprises en difficulté en matière de préservation des entreprises, de rebond des entrepreneurs et d'efficacité des procédures d'insolvabilité.

1 - La réforme du droit luxembourgeois des entreprises en difficulté a enfin abouti avec l'adoption de la loi du 7 août 2023 relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite¹ !

C'est peu dire que cette loi était attendue : amorcée dans les années 1990, la réforme du droit luxembourgeois des faillites a été adoptée par le législateur du Grand-Duché sur la base d'un projet de loi n° 6539 présenté voici plus de dix ans, le 26 février 2013.

2 - Plusieurs éléments rendaient inévitable l'évolution du droit luxembourgeois.

Son ancienneté et son obsolescence, d'une part.

Avant le 1^{er} novembre 2023 – date d'entrée en vigueur de la loi du 7 août 2023, en effet, le droit luxembourgeois des procédures collectives était exclusivement fondé sur des textes très anciens : la faillite est réglemée par une loi du 2 juillet 1870 codifiée au sein du Code de commerce luxembourgeois, quand le concordat préventif et la gestion contrôlée – procédures abrogées par la nouvelle loi – étaient régis respectivement par une loi du 14 avril 1886 (modifiée par une loi du 1^{er} février 1911 et par un arrêté grand-ducal du 4 octobre 1934) et par un arrêté Grand-Ducal du 24 mai 1935... L'esprit du droit luxembourgeois des procédures collectives apparaissait donc à bien des égards dépassé, car systématiquement méfiant à l'égard du débiteur et bien plus préoccupé par la liquidation du patrimoine de ce dernier et la satisfaction des créanciers que par la préservation de l'entreprise, de l'activité et de l'emploi. Certaines dispositions du droit luxembourgeois des entreprises en difficulté paraissaient même anachroniques au XXI^e siècle, à l'exemple du caractère criminel de la banqueroute frauduleuse (*C. com. Lux.*, art. 438) ou du dessaisissement presque systématique du débiteur quelle que soit la procédure concernée². Il en résultait un manque d'homogénéité du droit des affaires luxembourgeois : à la pointe sur le plan du droit bancaire et financier – notamment en ce qui concerne la réglementation des fonds d'investissement³ – pour attirer les sociétés et les capitaux, la réglementation luxembourgeoise était traditionnellement peu efficace en ce qui concerne le sauvetage des entreprises en difficulté. Les procédures du droit luxembourgeois destinées à assurer la restructuration de l'entreprise (concordat préventif et gestion contrôlée, spécialement) sont du reste quasiment tombées en désuétude... De sorte que, parmi les procédures d'insolvabilité luxembourgeoises ouvertes aux entreprises et actuellement mentionnées à l'annexe A du règlement (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015⁴, seule la procédure liquidative – la faillite – est aujourd'hui réellement pratiquée au sein du Grand-Duché. C'est dire le manque de performance de la législation luxembourgeoise dans le domaine de la restructuration des entreprises, ce qui rendait nécessaire sa modernisation... Et cela d'autant plus que le nombre de faillites n'est pas négligeable au Grand-Duché⁵ et concerne des secteurs d'activité variés⁶.

3 - D'autre part, des éléments extrinsèques au Luxembourg imposaient une réforme. D'abord, un besoin accru d'attractivité dans un contexte international de compétition juridique⁷. Ensuite, et surtout, la transposition de la directive 2019/1023/UE du 20 juin 2019⁸ pour laquelle le Grand-Duché a pris beaucoup de retard par rapport à certains de ses voisins⁹. C'est d'ailleurs certainement l'obligation de transposition de cette directive dite « restructura-

4. PE et Cons. UE, règl. (UE) 2015/848, 20 mai 2015, relatif aux procédures d'insolvabilité : JOUE n° L 141, 5 juin 2015, p. 19. – JCl. Procédures collectives, fasc. 3125. – Et JCl. Commercial, fasc. 3125.

5. Selon le dernier décompte du STATEC, 1116 décisions déclaratives de faillites ont été prononcées en 2022. Ce chiffre est globalement stable par rapport à ceux des années précédentes (1291 en 2021, 1263 en 2020).

6. En 2022, les secteurs luxembourgeois les plus touchés par les faillites étaient la construction, le commerce, l'hébergement et la restauration et les sociétés holding et fonds de placement.

7. A. Jacquemont, N. Borgia et Th. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté* : LexisNexis, 12^e éd., n° 1214.

8. PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023, 20 juin 2019 : JOUE n° L 172, p. 18. Selon son article 34, § 1, la directive 2019/1023/UE devait être transposée au plus tard le 17 juillet 2021. L'article 34, § 2, de la directive a cependant autorisé les États membres à solliciter un délai d'un an supplémentaire pour intégrer le texte au sein de leur ordre juridique – soit le 17 juillet 2022.

9. Rappelons que la France a transposé la directive 2019/1023/UE par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce (V. not. P. Rossi, *L'ordonnance prise sur les habilitations des articles 60 et 196 de la loi PACTE* : BJE sept. 2021, n° 200g2, p. 1. – N. Borgia et J. Théron, *Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ?* : D. 2021, p. 1773. – M. Menjucq, *Ordonnance transposant la directive 2019/1023, une harmonisation a minima* : Rev. proc. coll. 2021, repère 5. – P. Rossi, *Les procédures collectives après les ordonnances du 15 septembre 2021* : Rev. proc. coll. 2021, dossier 5). L'Allemagne a transposé le texte européen par la Loi « StaRUG », entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2021 (E. Delzant, *Le nouveau régime de la restructuration préventive en Allemagne* : BJE mars 2021, n° 118n1, p. 64. – T. Pogoda & Ch. Thole, *The new German « Stabilisation and Restructuring Framework for Businesses »* : EIRJ, 2021-6).

1. L. 7 août 2023, relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la Faillite : *Mémorial A*, n° 521, 18 août 2023.

2. V. L. 14 avr. 1886, art. 6 (concordat préventif de faillite). – A. Grand-Ducal, 24 mai 1935, art. 3 (gestion contrôlée). – Et C. com. Lux., art. 444 (faillite).

3. V. not. I. Riassetto, *La flexibilité du droit des fonds d'investissement luxembourgeois*, in *Les fonds d'investissement*, Th. Granier (dir.) : Wolters Kluwer – Lamy, 2013, p. 47 et s.

tion et insolvabilité » qui a incité le législateur luxembourgeois à ne pas différer davantage encore la réforme. Dans un avis complémentaire sur le projet de loi n° 6539, le Conseil d'État avait ainsi indiqué que celui-ci « pourrait utilement procéder à la transposition de la directive 2019/1023 »¹⁰. Et, le 8 février 2023, la Chambre de commerce a émis un deuxième avis complémentaire soulignant que « l'adoption rapide du projet de loi (...) devrait constituer une priorité » au regard du retard pris par les législations luxembourgeoises sur la plupart des législations des autres États membres¹¹. Même si la première version du projet de réforme précède l'adoption de la directive 2019/1023/UE et tire une grande partie de son inspiration du droit belge, le nouveau droit luxembourgeois des entreprises en difficulté doit être analysé dans le contexte de la transposition de la directive car la réforme a été finalisée et amendée afin de répondre aux exigences du droit de l'Union européenne.

4 - Sans entrer dans le détail des étapes suivies par la réforme depuis 2013, rappelons qu'en 2021, le projet de loi n° 6539 fut scindé en un projet de loi n° 6539 A, relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite, cœur du projet initial et texte de transposition de la directive 2019/1023 en droit luxembourgeois¹², et en un projet de loi n° 6539 B consacré à la procédure de dissolution administrative sans liquidation des sociétés « épaves » sans actifs et sans salariés.

Le projet n° 6539 B aboutit avec l'adoption de la loi du 28 octobre 2022 portant création de la procédure de dissolution administrative sans liquidation dont l'objectif est de purger de façon plus rapide et effective les « coquilles vides » de la place luxembourgeoise¹³.

Le projet n° 6539 A fut adopté avec le vote de la loi 7 août 2023. Conformément à son intitulé, cette loi modernise la réglementation relative à la faillite, ce que symbolise la décriminalisation de la banqueroute frauduleuse (*C. com. Lux.*, art. 438). Mais c'est surtout le volet « préservation des entreprises » qui retient l'attention dans la mesure où il tend à « mettre à jour » le droit luxembourgeois dans ce domaine, en le dotant d'outils inédits dans le respect des prescriptions du droit de l'UE.

5 - L'adaptation au droit de l'Union étant un moteur essentiel de la modernisation du droit luxembourgeois des entreprises en difficulté, il convient d'étudier les principaux aspects de la réforme au regard des trois axes de la directive (UE) 2019/1023¹⁴, à savoir la prévention et la restructuration (1), la seconde chance de l'entrepreneur (2) et l'efficacité des procédures (3).

1. La prévention et la restructuration —

6 - La directive (UE) 2019/1023 vise à favoriser l'adoption de plans de restructuration préventive. Dans cette perspective, le texte invite notamment les États membres à adopter des outils d'alerte précoce des difficultés¹⁵, à affirmer certains principes fondamentaux – non dessaisissement du débiteur¹⁶, suspension des poursuites individuelles¹⁷ – ou encore à permettre l'adoption d'un plan de restructuration malgré la dissidence de certains créanciers, grâce à la constitution de classes de créanciers au regard d'une

« communauté d'intérêt suffisante »¹⁸ et l'« application forcée interclasse » du plan (*cross class cram down*)¹⁹.

La loi du 7 août 2023 comporte plusieurs dispositions qui font écho aux règles posées par la directive et visent à renforcer l'efficacité et l'attractivité du droit luxembourgeois des entreprises en difficulté en matière de prévention (A) et de restructuration (B).

A. - La prévention

7 - Du point de vue de la prévention, on notera trois avancées principales.

Premièrement, la loi du 7 août 2023, dont le chapitre 2 est consacré à la « Détection des entreprises en difficulté et des entreprises susceptibles d'être assignées en faillite », introduit un mécanisme d'alerte en droit luxembourgeois²⁰.

Le ministre de l'Économie et le ministre des Classes moyennes se voient en effet confier, dans la limite de leurs attributions respectives, une mission de détection des débiteurs confrontés à des « difficultés financières » qui « risquent de compromettre la continuité de l'entreprise ». Concrètement, il s'agit d'inviter le débiteur concerné afin d'obtenir toute information relative à l'état de ses affaires et lui indiquer les mesures de réorganisation à sa disposition. Pour l'exercice de cette mission, le ministre compétent aura notamment accès aux informations du STATEC²¹, au tableau des protêts, à certains jugements²², aux notifications des licenciements ou encore à la liste des débiteurs n'ayant pas versé, dans les trois mois, l'intégralité des dettes de sécurité sociale et de TVA. Cette innovation va dans le bon sens dans la mesure où le droit luxembourgeois ne disposait pas d'outils d'alerte. Néanmoins, il aurait sans doute été plus efficace de conférer un droit d'alerte à d'autres autorités ou professionnels (le tribunal, le comptable de l'entreprise, les salariés ou leurs représentants ou encore les associés représentant un nombre minimal de droits de vote, par exemple) plutôt qu'à des autorités ministérielles exclusivement. De plus, l'alerte n'est pas dotée de caractère contraignant, ce qui nuira probablement à son efficacité.

8 - Deuxièmement, l'article 8 de la loi du 7 août 2023 crée une « Cellule d'évaluation des entreprises en difficulté » chargée d'apprécier l'opportunité des assignations en faillite – une large part des faillites luxembourgeoises étant ouvertes sur assignation des créanciers, publics en particulier. L'organisation et le fonctionnement de cette commission interministérielle composée de 5 fonctionnaires désignés par le ministre de l'Économie²³, ainsi que l'indemnisation de ses membres, doivent être réglés par un règlement grand-ducal²⁴ ; le régime de la Cellule reste donc en partie à déterminer. La loi a d'ores et déjà précisé que les frais de fonctionnement seront entièrement à la charge de l'État.

9 - Troisièmement, la réforme promeut la conciliation d'entreprise²⁵.

Sur demande du débiteur, le ministre de l'Économie ou celui des Classes moyennes, selon les attributions de chacun, peut ainsi dési-

10. *CE Lux.*, avis complémentaire n° 6539/15, 20 déc. 2019.

11. *Ch. com. Lux.*, avis n° 6539A/03, 8 févr. 2023.

12. *Sur ce projet*, V. Th. Mastrullo in *Directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive – Commentaire article par article*, M. Menjucq (dir.) : Bruylant, coll. Textes et commentaires, 2023.

13. V. Th. Mastrullo, *Un nouvel instrument au soutien de la compétitivité de la place luxembourgeoise : la dissolution administrative sans liquidation des « coquilles vides »* : *JurisNews Procédures d'insolvabilité*, coll. Larcier, n° 2-3/2023, p. 193 et s.

14. *Sur ces axes* : A. Jacqemont, N. Borgia et Th. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté* : LexisNexis, 12^e éd., préc., n° 1244.

15. *PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023*, 20 juin 2019, art. 3.

16. *PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023*, 20 juin 2019, art. 5.

17. *PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023*, 20 juin 2019, art. 6 et 7.

18. *PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023*, 20 juin 2019, art. 9.

19. *PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023*, 20 juin 2019, art. 11.

20. *L. 7 août 2023*, art. 5 à 7.

21. Institut national de la statistique et des études économiques.

22. Par exemple, les jugements de condamnation par défaut, les jugements contradictoires prononcés contre des débiteurs qui n'ont pas contesté le principal réclamé ou encore les jugements qui déclarent résolu un bail commercial à charge du locataire ou qui refusent un renouvellement du bail commercial.

23. Un membre sur proposition du Centre commun de la sécurité sociale, un membre représentant l'Administration des contributions directes sur proposition du ministre des Finances, un membre représentant l'Administration de l'enregistrement et des domaines sur proposition du ministre des Finances, un membre sur proposition du ministre des Classes moyennes et un membre sur proposition du ministre de l'Économie.

24. *V. Projet de règlement grand-ducal déterminant l'organisation, le fonctionnement et l'indemnisation des membres de la Cellule d'évaluation des entreprises en difficulté (6530SMI/LMA)*.

25. *L. 7 août 2023*, art. 9.

gner un conciliateur d'entreprise « en vue de faciliter la réorganisation de tout ou partie des actifs et des activités [du débiteur] ».

La mission du conciliateur, dont la durée et l'étendue sont fixées par le ministre qui l'a désigné, consiste à préparer et favoriser la conclusion d'un accord amiable, l'obtention d'un accord des créanciers sur un plan de réorganisation ou le transfert à un tiers des actifs ou de l'activité. Le conciliateur intervient dans le cadre ou en dehors de la procédure de réorganisation judiciaire²⁶ ; on assiste donc à l'introduction d'un *pre-pack plan* ou d'un *pre-pack cession* en droit luxembourgeois.

On peut regretter que la loi du 7 août 2023 ne précise guère les difficultés du débiteur susceptibles de justifier sa demande de désignation d'un conciliateur, en particulier lorsque celui-ci a vocation à intervenir hors du cadre de la réorganisation judiciaire²⁷. Il est aussi dommage que la loi ne prévoie pas expressément la confidentialité de la mission du conciliateur, comme c'est le cas en droit français (*C. com.*, art. L. 611-15)²⁸. La confidentialité s'imposera vraisemblablement en cas d'accord amiable, car la mission du conciliateur interviendra alors dans les conditions de la procédure de réorganisation par accord amiable régie par l'article 11 de la loi du 7 août 2023²⁹. En effet, l'article 11 énonce que la décision d'homologation de l'accord amiable³⁰ n'est ni publiée ni notifiée, et n'est pas susceptible d'appel³¹ ; et le même texte ajoute que « les tiers ne peuvent prendre connaissance de l'accord [amiable] qu'avec l'assentiment exprès du débiteur »³².

Pour le reste, la conciliation d'entreprise est envisagée de manière souple : elle n'est soumise à aucune règle de forme, le débiteur peut proposer le nom d'un conciliateur et elle prend fin sur décision du conciliateur ou du débiteur (le ministre en étant informé). Le conciliateur sera nommé parmi des experts assermentés³³.

B. - La restructuration : la réorganisation judiciaire

10 - Suivant l'inspiration du droit belge, la loi du 7 août 2023 introduit en droit luxembourgeois une nouvelle procédure de réorganisation judiciaire³⁴.

Cette procédure constitue l'apport principal de la réforme en matière de restructuration : la réorganisation judiciaire est présentée par la Commission de la justice de la chambre des députés comme le cadre luxembourgeois de « restructuration préventive » au sens de la directive 2019/1023/UE.

11 - La nouvelle procédure tend à la sauvegarde de l'entreprise, son but général consistant à « préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités de l'entreprise »³⁵.

La procédure est volontaire : son ouverture est demandée par requête du débiteur adressée au tribunal³⁶... Étant précisé que, tant que le tribunal n'a pas statué sur la requête en réorganisation judiciaire, le débiteur ne peut pas être déclaré en faillite et, dans le cas d'une société, celle-ci ne peut pas non plus être dissoute judiciairement, sous réserve de l'application de l'article 1200-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales³⁷ – texte qui prévoit la dissolution des sociétés commerciales en raison d'activités contraires à la loi pénale ou parce qu'elles ont contre-

venu gravement aux dispositions du Code de commerce, aux lois régissant les sociétés commerciales ou au droit d'établissement.

La réorganisation judiciaire est susceptible de poursuivre trois objectifs alternatifs³⁸ : obtenir un sursis pour permettre la conclusion d'un accord amiable (« réorganisation [judiciaire] par accord amiable »³⁹), obtenir l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation (« réorganisation judiciaire par accord collectif »⁴⁰) ou permettre le transfert par décision de justice, à un ou plusieurs tiers, de tout ou partie des actifs ou des activités du débiteur (« réorganisation judiciaire par transfert par décision de justice »⁴¹). À noter que la procédure se caractérise par sa flexibilité en ce qui concerne sa finalité : la demande d'ouverture peut viser un objectif propre pour chaque activité ou partie d'activité⁴² et, à tout moment pendant le sursis, le débiteur a la possibilité de demander au tribunal de modifier l'objectif de la procédure⁴³.

12 - La réorganisation judiciaire répond à plusieurs exigences de la directive 2019/1023/UE.

Premièrement, celle-ci entraîne un sursis⁴⁴, et donc une suspension des voies d'exécution⁴⁵, conformément à l'article 6 de la directive. Le sursis dure en principe 4 mois⁴⁶, comme il est prescrit à l'article 6, paragraphe 6, de la directive, mais peut être prorogé, pour 12 mois maximum à compter du jugement accordant le sursis⁴⁷, ainsi que le permet l'article 6, paragraphe 8, de la directive.

Deuxièmement, le débiteur n'est pas dessaisi et reste maître de ses affaires⁴⁸, conformément à l'article 5 de la directive. En cas de faute grave et caractérisée du débiteur ou de l'un de ses organes, tout intéressé ou le procureur d'État peut néanmoins demander au tribunal de substituer au débiteur, pour la durée du sursis, un administrateur provisoire⁴⁹.

Troisièmement, les indications que le plan doit mentionner sont calquées sur les exigences de l'article 8 de la directive, notamment les motifs expliquant en quoi le plan offre une perspective raisonnable d'éviter l'insolvabilité du débiteur et de garantir sa viabilité⁵⁰.

Quatrièmement, l'homologation du plan par le tribunal le rend contraignant pour tous les créanciers sursitaires⁵¹ et un recours (l'appel) peut être formé contre la décision homologuant ou refusant d'homologuer le plan⁵², comme le demandent les articles 15 et 16 de la directive. Point important : l'homologation du tribunal est systématique en droit luxembourgeois, même pour un accord amiable⁵³, la Commission de la Justice ayant indiqué que « la philosophie inhérente au projet de loi n° 6539 A veut que tous les plans soient homologués par le tribunal saisi »⁵⁴.

Cinquièmement, une protection des financements nouveaux et intermédiaires est mise en place afin de faciliter l'adoption d'un accord, en conformité avec l'article 17 de la directive : la responsabilité des créanciers participant à un accord amiable ne pourra

26. V. n° 10 et s.

27. Dans l'hypothèse où le conciliateur intervient dans le cadre de la réorganisation judiciaire, les conditions d'ouverture de cette procédure devraient logiquement s'imposer.

28. JCl. *Procédures collectives*, fasc. 2030 : *Procédure de conciliation et concordat amiable*.

29. L. 7 août 2023, art. 12.

30. V. n° 12.

31. L. 7 août 2023, art. 11, al. 3.

32. L. 7 août 2023, art. 11, al. 5.

33. V. n° 21.

34. L. 7 août 2023, art. 12 et s.

35. L. 7 août 2023, art. 12.

36. L. 7 août 2023, art. 13.

37. L. 7 août 2023, art. 18.

38. L. 7 août 2023, art. 12.

39. L. 7 août 2023, art. 11.

40. L. 7 août 2023, art. 38 à 54.

41. L. 7 août 2023, art. 55 à 67.

42. L. 7 août 2023, art. 12, al. 3.

43. L. 7 août 2023, art. 34.

44. L. 7 août 2023, art. 12 et s.

45. L. 7 août 2023, art. 25 et 26.

46. L. 7 août 2023, art. 20, § 2.

47. L. 7 août 2023, art. 33, § 2.

48. V. not. L. 7 août 2023, art. 30 (possibilité du débiteur de continuer les contrats en cours ou de les suspendre si cette suspension est impérativement requise par la réorganisation).

49. L. 7 août 2023, art. 23. – V. aussi : L. 7 août 2023, art. 10, qui prévoit la possibilité de nommer un mandataire de justice (V. n° 21).

50. L. 7 août 2023, art. 41.

51. L. 7 août 2023, art. 53.

52. L. 7 août 2023, art. 51.

53. L. 7 août 2023, art. 11, al. 2. – V. n° 9.

54. *Comm. Justice, Travaux de la commission*, 12/2021.

pas être engagée pour la seule raison que l'accord a échoué à préserver la continuité de l'activité⁵⁵.

13 - Si elle tend incontestablement à moderniser le droit luxembourgeois des entreprises en difficulté, la réorganisation judiciaire n'est cependant pas à l'abri de réserves.

Nous nous contenterons d'en avancer deux principales.

D'une part, concernant ses conditions d'ouverture, la procédure est initiée « dès mise en péril de l'entreprise, à bref délai ou à terme », sachant que l'état de cessation des paiements et l'ébranlement du crédit – conditions d'ouverture de la procédure liquidative de faillite (*C. com. Lux.*, art. 437) – ne font pas obstacle à l'ouverture de la réorganisation judiciaire⁵⁶. La « mise en péril » renvoie instinctivement à une situation financière et économique d'ores et déjà très compromise de l'entreprise. N'est-ce pas trop tardif par rapport à la « probabilité d'insolvabilité » et la « restructuration préventive » mises en exergue par la directive ? Il reviendra au juge luxembourgeois d'interpréter ce critère de façon à ce que la réorganisation judiciaire puisse être ouverte suffisamment tôt pour être efficace.

D'autre part, concernant l'adoption du plan de réorganisation, deux classes seulement de créanciers sont prévues : une classe de créanciers sursitaires ordinaires et une classe de créanciers sursitaires extraordinaires⁵⁷, la Commission de la justice ayant opté pour une transposition *a minima* de la directive. Les créances sursitaires sont définies comme les créances autres que les créances salariales nées avant le jugement d'ouverture ou nées en raison du dépôt de la requête ou des décisions prises dans le cadre de la procédure. Sont considérées comme des créances sursitaires extraordinaires, les créances garanties par un privilège spécial ou une hypothèque, les créances des créanciers-proprétaires⁵⁸ ainsi que les créances sursitaires des administrations fiscales et de la sécurité sociale⁵⁹. Catégorie résiduelle, les créances sursitaires ordinaires sont les créances sursitaires autres que les créances sursitaires extraordinaires⁶⁰. On peut s'interroger sur le caractère suffisant de ces classes, et en particulier sur le caractère forcément « fourre-tout » de la classe des créances sursitaires ordinaires. Comment les deux classes luxembourgeoises vont-elles pouvoir toujours refléter la « communauté d'intérêt suffisante » (expression du reste absente de la loi luxembourgeoise) voulue par la directive entre les créanciers d'une même classe ? La situation des détenteurs de capital pose aussi question, la Commission de la justice ayant indiqué qu'« ils n'ont pas voix au chapitre en tant qu'actionnaires et n'ont donc pas la possibilité d'interférer avec l'adoption du plan »⁶¹ ?

Au-delà, la loi du 7 août 2023 reprend les points principaux du dispositif de la directive : possibilité pour le créancier de contester son appartenance à une classe⁶², affirmation du principe de l'égalité de traitement au sein d'une même catégorie de créances⁶³, affirmation du critère du meilleur intérêt énoncé à l'égard de tous les créanciers⁶⁴, faculté pour les créanciers dissidents de contester le critère du meilleur intérêt⁶⁵, faculté pour le tribunal de ne pas homologuer le plan, notamment s'il n'offre pas

une perspective raisonnable d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou de garantir la viabilité de l'entreprise⁶⁶.

Est aussi prévue la possibilité d'une application forcée (homologation du plan et imposition du plan aux créanciers dissidents) si le plan est approuvé par une classe de créanciers autorisés à voter et si plusieurs conditions sont réunies : les nouveaux financements sont nécessaires et ne portent pas excessivement atteinte aux intérêts des créanciers dissidents ; le critère du meilleur intérêt est rempli ; lorsque le plan a été approuvé uniquement par la classe de créanciers sursitaires ordinaires, les créanciers de la classe des créanciers sursitaires extraordinaires sont mieux traités que les créanciers de la classe des créanciers sursitaires ordinaires (adoption de la règle de priorité relative) ; aucune classe ne reçoit plus que le montant total de ses créances ou intérêts⁶⁷.

14 - Notons enfin que, si elle suit l'exemple de son homologue belge, la réorganisation judiciaire luxembourgeoise devrait être insérée dans l'annexe A du règlement (UE) n° 2015/848, qu'elle ait pour objectif la conclusion d'un accord amiable, l'adoption d'un plan de réorganisation ou le transfert par décision de justice.

2. La seconde chance de l'entrepreneur

15 - La directive 2019/1023/UE incite les États membres à permettre la seconde chance des entrepreneurs honnêtes. Plus précisément, il s'agit de faire bénéficier ces derniers d'au moins une procédure nationale pouvant conduire à une remise totale de dettes⁶⁸ ainsi qu'à la fin de leur déchéance⁶⁹ dans un délai maximum de 3 ans.

16 - La loi du 7 août 2023 répond aux prescriptions de la directive en assouplissant le régime luxembourgeois de la remise de dettes.

Avant la réforme, l'effacement des dettes existait déjà dans le cadre de la faillite : l'article 536, alinéa 2, du Code de commerce luxembourgeois prévoyait que le failli qui n'avait pas été déclaré banqueroutier ne pouvait plus être poursuivi par ses créanciers en cas de clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif. Mais cet effacement des dettes était admis de manière fort restrictive, puisqu'il était écarté si le failli revenait à meilleure fortune dans les sept années suivant le jugement de clôture pour insuffisance d'actif. La loi du 7 août 2023 supprime la partie sur la remise de dette et l'éventuel retour à meilleure fortune à l'article 536 et déplace tout ce qui est relatif à la remise de dette dans un nouvel article 536-3 du Code de commerce⁷⁰. Aux termes de cette nouvelle disposition, le failli personne physique peut être déchargé par le tribunal du solde des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de la faillite, sans préjudice des sûretés réelles données par le failli ou un tiers, à l'exception des créances salariales visées par l'article 2101, paragraphe 1^{er}, point 4^o, du Code civil luxembourgeois. La remise est uniquement octroyée par le tribunal à la requête du failli, étant entendu que le tribunal se prononce sur la demande d'effacement dans un délai de dix-huit mois à partir de la publication du jugement de faillite. Tout intéressé (y compris le curateur et le procureur d'État) peut néanmoins demander que l'effacement ne soit accordé que partiellement ou refusé totalement par décision motivée, si le débiteur a commis des fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite, ou a sciemment fourni des renseignements inexacts à l'occasion de l'aveu de la faillite ou ultérieurement aux demandes adressées par le juge-commissaire ou par le curateur (*C. com. Lux.*, art. 536-3, § 2).

S'agissant de son champ d'application, l'effacement est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'inté-

55. L. 7 août 2023, art. 11, al. 6.

56. L. 7 août 2023, art. 19.

57. L. 7 août 2023, art. 1^{er}, b).

58. Le créancier-proprétaire est défini comme « la personne dans le chef de laquelle sont réunis simultanément les qualités de titulaire d'une créance sursitaire et de propriétaire d'un bien meuble corporel qui n'est pas en sa possession et qui fait office de garantie » (L. 7 août 2023, art. 1^{er}, f).

59. L. 7 août 2023, art. 1^{er}, d).

60. L. 7 août 2023, art. 1^{er}, e).

61. *Projet n° 6539 A, relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite*, 14 oct. 2021, p. 34.

62. L. 7 août 2023, art. 40, § 1.

63. L. 7 août 2023, art. 43, al. 2.

64. L. 7 août 2023, art. 43, al. 3.

65. L. 7 août 2023, art. 49, al. 7.

66. L. 7 août 2023, art. 50.

67. L. 7 août 2023, art. 50.

68. *PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023*, 20 juin 2019, art. 20 et 21.

69. *PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023*, 20 juin 2019, art. 22.

70. L. 7 août 2023, art. 75, 49°.

grité physique d'une personne que la faillite a causé par sa faute (C. com. Lux., art. 536-3, § 3). La même solution vaut logiquement pour les dettes personnelles ou communes du conjoint (ou ex-conjoint) et du partenaire (ou ex-partenaire) nées d'un contrat conclu par eux (avec ou sans le failli) et qui sont étrangères à l'activité professionnelle du failli (C. com. Lux., art. 536-3, § 5). Quant au nouvel article 536-4 du Code de commerce⁷¹, il exclut les codébiteurs et les constituants de sûretés personnelles du bénéfice de l'effacement⁷².

Ajoutons que la loi du 7 août 2023 dispose qu'une faillite (C. com. Lux., art. 437 et s.) peut être ouverte à l'égard de toute personne physique exerçant une activité professionnelle, commerciale, industrielle, artisanale ou libérale à titre indépendant qui en fait la demande au tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale du lieu du siège social ou de l'établissement principal⁷³. Un grand nombre d'entrepreneurs – et pas seulement des commerçants et des artisans – sont ainsi en mesure de profiter du dispositif de remise de dette au Grand-Duché, comme le prescrit la directive 2019/1023/UE.

17 - La loi du 7 août 2023 comporte également une avancée en matière de déchéance.

Conformément à l'article 22 de la directive, le nouvel article 536-6 du Code de commerce dispose en effet que, lorsqu'une personne physique a bénéficié d'une remise de dettes en application des articles 536-3 et suivants, toute déchéance du droit d'accéder à une profession commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ou de l'exercer, au seul motif que l'entrepreneur est insolvable, prend fin de plein droit à l'expiration du délai d'effacement de dettes⁷⁴.

18 - Enfin, ces dispositions favorables au rebond de l'entrepreneur font écho à la « nouvelle chance » octroyée par la loi du 26 juillet 2023 qui réforme le droit d'établissement au Luxembourg⁷⁵. Ainsi, le ministre ayant les autorisations d'établissement dans ses attributions doit-il dorénavant accorder une nouvelle autorisation d'établissement à l'ancien dirigeant d'une entreprise déclarée en faillite si cette personne est en mesure d'établir que la faillite a été causée par l'un des événements définis par la loi, telle qu'une calamité naturelle ou une pandémie reconnue comme telle par le Gouvernement en conseil, une destruction involontaire du lieu ou de l'outil de production, la perte d'un client prééminent ou encore une perte de rentabilité à la suite d'une perturbation majeure du marché⁷⁶. Un accord de paiement par les administrations concernées est cependant exigé pour les montants dépassant des seuils définis par la loi⁷⁷, seuils particulièrement bas qui risquent en pratique d'exclure de nombreux entrepreneurs du bénéfice du dispositif⁷⁸.

3. L'efficacité des procédures

19 - La directive 2019/1023/UE entend améliorer l'efficacité et la rapidité des procédures d'insolvabilité dans les États membres.

À cette fin, le texte européen souligne l'importance de la formation des autorités judiciaires et des praticiens de l'insolvabilité (pour

prévenir les conflits d'intérêts et encadrer l'accès à la profession), la surveillance de leur rémunération ou encore l'utilisation de moyens de communication électroniques dans le cadre des procédures⁷⁹.

À la suite de la réforme d'août 2023, le droit luxembourgeois réalise plusieurs progrès intéressants en ce sens.

20 - C'est ainsi que le recours à l'utilisation des moyens de communication électronique est encouragé dans le cadre de la réorganisation judiciaire, par exemple pour l'accès au dossier⁸⁰, pour la publication et la consultation de la décision d'ouverture⁸¹, pour la publication du jugement qui proroge le sursis⁸², modifie l'objectif de la réorganisation judiciaire⁸³ ou la clôture⁸⁴ ou encore pour la communication de la liste des créanciers⁸⁵.

21 - La loi du 7 août 2023 introduit également deux nouveaux professionnels de l'insolvabilité en droit luxembourgeois : le conciliateur d'entreprise et le mandataire de justice⁸⁶. Ceci se traduit par l'insertion d'un nouveau chapitre sur la formation et la rémunération des conciliateurs et des mandataires de justice⁸⁷ dans la loi du 7 juillet 1971, portant, en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes, de conciliateurs d'entreprise et mandataires de justice assermentés⁸⁸. Les conciliateurs d'entreprises et les mandataires de justice sont désignés et révoqués par le ministre de la Justice. Ces professions sont ouvertes à toute personne titulaire d'un diplôme luxembourgeois ou étranger⁸⁹ de fin d'études universitaires en droit, en sciences économiques ou en gestion correspondant au grade de master reconnu et présentant des garanties de connaissance et de compétence en matière de procédure d'insolvabilité⁹⁰. La Commission de la justice a précisé que l'exercice de la profession d'avocat n'est pas un prérequis pour être admis en tant que conciliateur d'entreprise⁹¹. Il est cependant fort probable que les avocats spécialisés en procédure d'insolvabilité, qui exercent déjà en tant que curateurs de la faillite au Luxembourg, constitueront l'essentiel du corps des conciliateurs d'entreprise et des mandataires de justice au Grand-Duché.

Les personnes désignées doivent prêter serment devant la Cour supérieure de justice siégeant en matière commerciale⁹² et sont reprises sur une liste publiée sur le site internet du ministère de la Justice⁹³. Les honoraires des conciliateurs d'entreprise et des mandataires de justice sont en principe arrêtés et modifiés comme frais de justice⁹⁴.

79. PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023, 20 juin 2019, art. 25 à 28.

80. L. 7 août 2023, art. 16, al. 7.

81. L. 7 août 2023, art. 21, § 1 et § 2.

82. L. 7 août 2023, art. 33, § 4.

83. L. 7 août 2023, art. 34, al. 2.

84. L. 7 août 2023, art. 35 et 36.

85. L. 7 août 2023, art. 40, § 6.

86. Le mandataire de justice peut être désigné par le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale lorsque des manquements graves et caractérisés du débiteur (ou de l'un de ses organes) menacent la continuité de l'entreprise et que la mesure sollicitée est de nature à préserver cette continuité ; la mission du mandataire de justice peut être maintenue, modifiée ou supprimée si une réorganisation judiciaire est initiée postérieurement à sa désignation (L. 7 août 2023, art. 10). Lorsque le débiteur en fait la demande, et lorsqu'une telle désignation est utile pour atteindre les fins de la procédure de réorganisation judiciaire, le tribunal peut aussi désigner un mandataire de justice pour « assister le débiteur dans sa réorganisation judiciaire » ; la mission du mandataire de justice est alors fixée par le tribunal sur la base de la demande du débiteur (L. 7 août 2023, art. 22, § 1). Une telle demande peut également être faite par un tiers qui y a intérêt (L. 7 août 2023, art. 22, § 2).

87. L. 7 août 2023, art. 79.

88. L'intitulé de la loi du 7 juillet 1971 a été modifié pour tenir compte de l'institution des deux nouveaux professionnels de l'insolvabilité.

89. Diplôme reconnu académiquement par inscription au registre des titres, section de l'enseignement supérieur.

90. L. mod. 17 juill. 1971, art. 7.

91. Comm. Justice, Rapp. : Doc. 6539 A/10, 17 juill. 2023, p. 59.

92. L. mod. 17 juill. 1971, art. 8.

93. L. mod. 17 juill. 1971, art. 10 et 11.

94. L. mod. 17 juill. 1971, art. 9.

71. L. 7 août 2023, art. 75, 50°.

72. Sans préjudice de l'article 2016 du Code civil luxembourgeois.

73. L. 7 août 2023, art. 71.

74. L. 7 août 2023, art. 75, 52°.

75. L. 26 juill. 2023, portant modification de la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales : *Mémorial A n° 552*, 28 août 2023.

76. L. 26 juill. 2023, art. 6, modifiant les articles 7 et s. de la loi modifiée du 2 septembre 2011.

77. *Nouvel article 7 bis de la loi modifiée du 2 septembre 2011*.

78. Par exemple, concernant la taxe sur la valeur ajoutée, le seuil est fixé à 1 % des montants nets effectivement versés, pendant les cinq derniers exercices, à l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA. De même, concernant les impôts directs, le seuil est fixé à 1 % des montants effectivement versés, pendant les cinq derniers exercices, à l'Administration des contributions directs.

22 - Pour conclure, si les nouveaux dispositifs qu'elle introduit nécessitent un effort d'adaptation de la place luxembourgeoise et peuvent susciter certaines réserves – notamment de la part des praticiens, la transposition de la directive 2019/1023/UE œuvre en

faveur de l'attractivité du Grand-Duché en ajustant le droit luxembourgeois aux standards européens en matière de restructuration et d'insolvabilité. ■