

Marc Thewes,
rédacteur en chef

Journal *des* tribunaux *Luxembourg*

Doctrine

La nouvelle procédure de réorganisation judiciaire, un changement de paradigme pour les créanciers

P. Santer, A. Hermelinski-Ayache et M. Nickels 1

Jurisprudence

Preuve. — Organisation judiciaire.

Cour de cassation, 4 février 2022 10

Procès pénal. — Instance d'appel.

Cour de cassation, 1^{er} décembre 2022 12

Parquet européen. — Primauté du droit de l'Union européenne.

Cour de cassation, 26 janvier 2023 13

I. Référé-sauvegarde. — II. Article 2279 du Code civil.

Cour d'appel, 7^e ch., 18 mars 2020 16

I. Registre des bénéficiaires effectifs. — II. Bénéficiaire effectif.

Cour d'appel, 4^e ch., 13 juillet 2022 20

Exequatur pénal. — Confiscation.

Cour d'appel, 5^e ch., 8 novembre 2022 25

Séparation des pouvoirs. — Impossibilité pour les juridictions d'exercer un contrôle abstrait de la conventionnalité des lois, d'interférer dans le processus législatif ou d'enjoindre au pouvoir exécutif de prendre des décisions régaliennes.

Cour d'appel, 7^e ch., 29 mars 2023 28

La nouvelle procédure de réorganisation judiciaire, un changement de paradigme pour les créanciers

La loi du 7 août 2023 relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite (ci-après la « loi du 7 août 2023 » ou la « loi ») était très attendue non seulement parce qu'elle portait transposition de la directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (« directive Restructuration ») alors que le délai de transposition avait passablement été dépassé mais aussi parce qu'il était grand temps que le Luxembourg se dote d'un régime de procédures collectives plus adapté aux réalités économiques et intègre dans notre système juridique la vraie possibilité d'une seconde chance pour les entreprises connaissant des difficultés à court ou moyen terme.

En effet, durant des décennies la seule procédure vraiment mise en œuvre, à savoir la procédure de faillite, constituait un véritable couperet, les autres procédures, la gestion contrôlée et le concordat préventif de la faillite, n'étant jamais mises en œuvre ou alors de manière purement anecdotique.

C'est donc une véritable modernisation de l'arsenal juridique en faveur des entreprises en difficulté qu'apporte la loi du 7 août 2023.

Cette loi comporte plusieurs volets, celui dédié aux mesures pour la préservation des entreprises incluant des mesures de détection des entreprises en difficulté, la création de nouvelles procédures judiciaires et extrajudiciaires visant à la réorganisation de l'entreprise dont les activités sont en péril et le volet dédié à la réforme du droit de la faillite.

Nous avons choisi d'analyser les apports de la loi du 7 août 2023 avec la création des mesures de réorganisation des entreprises et leurs conséquences pour les créanciers.

Nous n'aborderons donc pas les nouveautés de la loi du 7 août 2023 par rapport aux faillites mais il est utile de mentionner que cette loi crée, entre autres, une mesure d'effacement des dettes dans certaines conditions au profit des débiteurs personnes physiques et un encadrement dans des délais spécifiques du dépôt des déclarations de créances en cas de faillite. De même, la prise en compte des contrats de travail et des créances sala-

riaux, ainsi que les aspects liés au droit du travail, ne seront pas abordés dans la présente contribution.

Pour en revenir au sujet qui va nous occuper, on ne peut qu'accueillir favorablement la création d'un cadre plus favorable pour les créanciers face à leurs débiteurs en situation difficile.

En effet, les créanciers seront désormais avertis au plus tard au moment où le débiteur leur notifiera la décision relative à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire des difficultés rencontrées par celui-ci et pourront négocier avec lui des solutions éventuelles (par le biais d'un accord amiable ou d'un accord collectif) avant qu'il ne soit trop tard et que la faillite soit prononcée. La loi du 7 août 2023 organise un cadre nécessaire aux créanciers et débiteurs pour trouver ensemble des solutions qui permettront aux débiteurs de se restructurer et sauvegarder tout ou partie de leurs actifs et de leurs activités.

Les débiteurs ont désormais la possibilité de demander l'octroi d'un sursis au cours duquel ils pourront soit conclure un accord amiable avec leurs créanciers (au moins deux) en vue de réorganiser tout ou partie de leurs actifs ou de leurs activités soit obtenir sur requête l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire visant à l'obtention d'un accord collectif (avec tous les créanciers) ou à un transfert par décision de justice.

Durant ce sursis, la loi du 7 août 2023 consacre le principe de la continuité des contrats en cours et nous analyserons le sort des contrats conclus entre le débiteur en difficulté et ses co-contractants. Nous évoquerons ensuite de manière plus détaillée les implications que pourront avoir pour les créanciers la mise en œuvre du plan de réorganisation dans le cadre de l'accord collectif et le mécanisme de réorganisation judiciaire par transfert par décision de justice.

1 L'impact du sursis sur les créanciers

Le sursis ou la suspension des poursuites individuelles d'après la directive Restructuration, constitue un des éléments essentiels de toute procédure de restructuration. Sans la mise en œuvre d'un tel sursis, les créanciers qui ne souhaitent pas participer à un processus

collectif peuvent réduire à néant toute chance de succès de la procédure de restructuration en exerçant personnellement leurs droits en tant que créanciers.

Si la nécessité d'un tel sursis est indéniable, il est également important de l'encadrer strictement, afin d'éviter que les droits des créanciers ne soient pas affectés plus que nécessaire et qu'un débiteur mal intentionné puisse abuser du sursis pour tenter d'échapper à ses créanciers, en l'absence de toute intention ou perspective de restructuration.

Avant d'en analyser plus en détail l'impact sur les différents types de créanciers, nous exposerons brièvement le fonctionnement du sursis en droit luxembourgeois.

A. Tout d'abord, le point de départ du sursis

Un premier point, qui peut paraître étonnant notamment pour les créanciers, est que le sursis sera dans un premier temps effectif, avant même la première intervention du tribunal.

Ainsi, l'article 18, paragraphe 1^{er}, de la loi prévoit que le sursis développera ses effets, « tant que le tribunal n'a pas statué sur la requête en réorganisation judiciaire ». Dans la mesure où le tribunal est, en application de l'article 20, paragraphe 1^{er}, de la loi, tenu de procéder à l'examen de la requête en réorganisation judiciaire dans les 15 jours de son dépôt au greffe et qu'il doit statuer dans les 8 jours de l'examen de la requête, le débiteur bénéficiera de cette première période de sursis, avant toute intervention du tribunal.

B. Ensuite, la durée du sursis

L'équilibre à trouver par le législateur luxembourgeois (et d'ailleurs européen) était de ne pas restreindre de manière excessive les droits des créanciers, tout en prévoyant un sursis avec une durée suffisamment longue pour donner une chance réelle de réorganisation au débiteur.

Ainsi, la durée initiale du sursis est fixée d'office par le tribunal qui ouvre la procédure de réorganisation. La durée maximale du sursis est, en vertu de l'article 20, paragraphe 2, de la loi, à ce stade de 4 mois¹.

Ce sursis peut également faire l'objet d'une prorogation, en application de l'article 33 de la loi.

La rédaction de cet article est assez curieuse en ce qu'il distingue entre deux hypothèses de prolongation du sursis.

D'une part, l'article 33, paragraphe 1^{er}, de la loi autorise le tribunal à prolonger le sursis pour la durée qu'il détermine, tout en limitant la totalité du sursis à 12 mois. Le tribunal n'a par ailleurs pas à motiver le principe d'une prolongation ou encore sa durée.

D'autre part, l'article 33, paragraphe 2, de la loi prévoit une prolongation du sursis qui ne sera cependant possible que « dans des circonstances exceptionnelles et si les intérêts des créanciers le permettent (...) ». On reviendra ci-dessous sur ces critères.

Ce qui n'est pas clair, c'est le volet des délais concernant la prolongation du sursis en vertu de ce paragraphe 2, qui se lit comme suit : « (...) la durée maximale du sursis prévue au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, peut cependant être prorogée de maximum six mois, sans que la durée totale du sursis puisse excéder douze mois à compter du jugement accordant le sursis ».

Dans la mesure où le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, fixe la durée maximale du sursis à 12 mois, cette prorogation exceptionnelle devrait alors permettre d'atteindre un sursis maximal de 18 mois, alors que dans la même phrase, le sursis est limité à nouveau à une durée maximale de 12 mois.

Cette formulation s'explique à la lecture des travaux parlementaires relatifs à la loi. En effet, le projet de loi initial ne contenait pas la précision « (...) sans que la durée totale du sursis puisse excéder douze

mois à compter du jugement accordant le sursis ». Le sursis pouvait donc avoir une durée maximale totale de 18 mois².

Bien qu'une telle durée maximale relativement importante ait dès le départ fait l'objet de critiques du fait d'une atteinte disproportionnée aux droits des créanciers³, cette durée a été maintenue jusqu'en mars 2022. C'est, en effet, dans le cadre de la transposition de la directive Restructuration dans le projet de loi qu'il est devenu nécessaire de prévoir une durée totale maximale de 12 mois, l'article 6, paragraphe 8, de la directive Restructuration disposant que « la durée totale de suspension des poursuites individuelles, prolongations et renouvellement compris n'excède pas douze mois ». Ceci explique la formulation pour le moins curieuse de cet article 33, paragraphe 2.

Il faudra attendre l'approche de la jurisprudence sur la question de la prolongation du sursis. On peut cependant se poser la question de savoir dans quelle mesure le paragraphe 2 ne risque pas de s'avérer en fin de compte obsolète. En effet, le paragraphe 1^{er} permet déjà au tribunal d'accorder, sans motivation spéciale, un sursis d'une durée maximale de 12 mois ; durée qui ne peut de toute façon pas être excédée en vertu du paragraphe 2.

C. L'effet du sursis

Toute procédure collective se caractérise par la présence d'un mécanisme de sursis, dont l'objectif principal est de suspendre les moyens d'action individuels des créanciers, afin d'aboutir, dans le cas idéal, à une restructuration avec continuation de l'entreprise, sinon à une liquidation des actifs avec une distribution aux créanciers en fonction de leur rang.

Ce sursis affecte évidemment dans un premier temps la relation entre le créancier et son débiteur (1), mais le sursis peut également bénéficier, dans certains cas spécifiques, à des tiers (2).

1. Relation créancier/débiteur

Les effets que la loi réserve dans ce contexte au sursis ne surprennent pas :

— **Impossibilité d'ouvrir une procédure de faillite du débiteur (article 18 de la loi).** Dans la mesure où le sursis est uniquement une mesure provisoire⁴, il restera à voir de quelle manière une assignation en faillite signifiée avant l'ouverture d'un sursis ou pendant la procédure de saisie sera traitée. On peut admettre que les tribunaux garderont de telles affaires en suspens, dans l'attente de la fin du sursis.

— **Interdiction pour le débiteur de payer des créances sursitaires⁵ (article 27 de la loi).** Ceci couvre principalement les créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation. Néanmoins les paiements qui sont nécessaires à la continuation de l'entreprise restent permis.

— **Interdiction provisoire de la réalisation des biens meubles ou immeubles (article 18 de la loi).** Cette disposition se limite à interdire la vente des biens meubles ou immeubles qui ont fait l'objet d'une procédure de saisie avant l'ouverture d'une procédure de restructuration⁶.

— **Exclusion de toute nouvelle procédure de saisie pour des créances sursitaires au cours du sursis (article 26, alinéa 1^{er}, de la loi).**

— **Maintien du caractère conservatoire des saisies antérieurement pratiquées (article 26, alinéa 2, de la loi).** En pratique ceci concernera essentiellement la procédure de saisie-arrêt, qui est, parmi les procédures avec phase conservatoire, de loin la plus pratiquée.

2. Relation créancier/tiers

L'article 28 de la loi détermine les effets du sursis par rapport à certains tiers vis-à-vis du débiteur :

¹ Un jugement du 22 novembre 2023 (Trib. Luxembourg, 22 novembre 2023, n° 2023TALCH02/01416) a fixé une période de sursis de 3 mois et un jugement du 15 décembre 2023 (Trib. Luxembourg, n° 2023TALCH15/01681) a fixé une période de sursis de 4 mois.

² En cas de prolongation à 12 mois sur base du paragraphe 1^{er} et de 6 mois additionnels sur base du paragraphe 2.

³ *Doc. parl.* n° 6539², p. 40.

⁴ *Doc. parl.* n° 6539, exposé des motifs, p. 56.

⁵ *Cfr* définition sous l'article 1, c), de la loi du 7 août 2023.

⁶ *Doc. parl.* n° 6539, exposé des motifs, p. 56 ; le projet de loi vise ici à interdire provisoirement toutes les ventes de biens meubles et immeubles.

— **Conjoint/partenaire (ex-conjoint/ex-partenaire) (article 28, paragraphe 1^{er}, de la loi)**. Ces personnes bénéficient du sursis, dans la mesure où (i) elles sont personnellement coobligées aux dettes contractuelles du débiteur et que (ii) ces dettes sont liées à l'activité économique de celui-ci.

— **Exclusion du bénéfice du sursis pour les codébiteurs et constituants de sûretés personnelles (article 28, paragraphe 2, de la loi)**⁷. Il en résulte que les créanciers peuvent poursuivre pendant le sursis les codébiteurs et garants, ce qui est une solution logique :

« Les codébiteurs et débiteurs de sûretés personnelles ne peuvent bénéficier du sursis. La procédure est caractérisée par la continuité et il n'y a pas de raison de perturber le crédit (et donc le rendre plus cher) en faisant bénéficier les codébiteurs ou autres sûretés personnelles du moratoire à un moment où leur garantie a précisément son utilité »⁸.

2 Le sort des contrats en cours

A. Le principe

L'article 30 de la loi pose le principe de la continuité des contrats en cours dès le moment même du dépôt de la requête ou de l'ouverture de la procédure de réorganisation. Il s'agit, en effet, de permettre aux entreprises en difficultés de maintenir les liens contractuels nécessaires avec leurs co-contractants afin qu'elles puissent effectivement se réorganiser pendant toute la durée de la procédure.

Se pose la question de savoir ce que l'on entend par contrat en cours étant donné qu'à l'article suivant de la loi, l'article 31, le législateur vise les contrats en cours à prestations successives.

C'est un sujet qui a fait couler beaucoup d'encre en Belgique tant du côté de la doctrine que des tribunaux. Etant donné que le législateur luxembourgeois s'est inspiré très précisément de l'article XX.56 du Code belge de droit économique (ancien article 35 de la loi belge du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises) pour la rédaction de l'article 30 de la loi et l'article XX.57 du Code belge de droit économique (ancien article 36 de la loi belge du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises) pour celle de l'article 31, nous relèverons ici les éléments principaux du débat.

En effet, il s'agit de déterminer si le principe de la continuité des contrats s'applique à tous les contrats qui n'auraient pas sorti tous leurs effets au moment de l'octroi du sursis i.e. y inclus « les contrats instantanés dont l'exécution est différée pour une raison ou une autre (vente immobilière dont l'acte authentique n'est pas encore passé, promesse de vente, option d'achat, cantonnement amiable, etc.) ou uniquement les contrats à prestations successives »⁹. Une partie de la doctrine belge considère que le principe de continuité des contrats en cours ne s'applique qu'aux contrats à prestations successives¹⁰ alors que « [p]our d'autres auteurs, le champ d'application la notion de contrat en cours s'étendrait à tous les contrats dans lesquels l'exécution de l'obligation d'une partie envers l'autre est encore attendue au moment de la déclaration de faillite ou de l'ouverture de la procédure de réorganisation, qu'il s'agisse de contrats à prestations successives ou de contrats instantanés dont le terme n'est pas venu à échéance ou dont la condition n'a pas été réalisée à ce moment »¹¹.

Pour le législateur luxembourgeois, il semble que le débat ait été tranché puisque le commentaire de l'article 31 de la loi indique qu'« [u]ne différence est faite pour les contrats à prestations successives : la différenciation entre les créances se fera sur base de la date à laquelle la prestation a été effectuée »¹².

⁷ Il est à noter que l'article 28, paragraphe 3, de la loi du 7 août 2023 permet à la personne physique qui s'est constituée sûreté personnelle du débiteur, de demander à bénéficier, sous certaines conditions du sursis. On vise ici précisément l'hypothèse d'une disproportion manifeste par rapport aux facultés de remboursement du débiteur de la dette.

⁸ *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 0160/002, p. 61 (loi belge du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises).

⁹ C. ALTER et Z. PLETINCKX, « Insolvabilité des entreprises, dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire », in *Répertoire pratique du droit belge*, Larcier, p. 280.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ C. ALTER et Z. PLETINCKX, *op. cit.*, p. 281.

Notons aussi que même les contrats conclus *intuitu personae* seront maintenus. C'est la solution retenue par la majorité de la doctrine belge¹³ et le libellé de la loi du 7 août 2023 étant tout aussi large que celui de la loi belge, cette doctrine sera ainsi applicable à la loi.

Cela signifie que, malgré toute convention des parties ou autre arrangement contractuel, la procédure de réorganisation ne peut mettre fin aux contrats ni même à leurs modalités d'exécution. Cependant la doctrine belge avait déjà relevé que les créanciers se protégeraient en faisant en sorte que les clauses résolutoires ou de résiliation comportent des événements déclencheurs autres que celui de la procédure de réorganisation judiciaire pour qu'elles puissent opérer¹⁴.

Le débiteur et ses créanciers devront donc continuer à respecter les stipulations des contrats et leurs modalités d'exécution.

Ainsi, à titre d'exemple, les conditions générales des banques qui usuellement permettent à la banque de résilier le contrat en cas de survenance d'une procédure d'insolvabilité ne pourront sortir leurs effets au moment de la demande ou de l'ouverture de la procédure de réorganisation. En revanche, la créance née du contrat de crédit continuera à produire des intérêts mais le terme n'en sera pas affecté. En effet, le créancier, dès le dépôt de la requête, ne pourra pas enclencher l'accélération de la dette.

Le texte de l'article 30 est rédigé de manière assez large. Cependant l'article 7, paragraphe 5, de la directive Restructuration dispose que « [l]es États membres veillent à ce que les créanciers ne soient pas autorisés à suspendre l'exécution de contrats à exécuter ni à résilier, exécuter de manière anticipée ou modifier, d'une quelconque autre façon, de tels contrats au détriment du débiteur en vertu d'une clause contractuelle prévoyant de telles mesures, au seul motif : (a) d'une demande d'ouverture d'une procédure de restructuration préventive ; [...] ».

Dans la lignée de ce principe, les conditions ou clauses résolutoires sont dès lors inopérantes lorsqu'elles sont liées au dépôt de la requête ou l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire¹⁵. Toutefois et conformément à l'article 29 de la loi du 7 août 2023, l'octroi du sursis ne fait pas échec à l'application des clauses de compensation avec déchéance du terme résultant de contrat de compensation soumis à la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière (la « loi de 2005 »).

B. La limitation - le manquement contractuel du débiteur avant l'octroi du sursis

À ce principe, cependant, s'ajoute une limite au droit des créanciers d'obtenir la résolution du contrat en cas de défaut du débiteur quand bien même l'exception d'inexécution a effectivement vocation à s'appliquer. Le terme « en s'exécutant » avait été rajouté suite à l'interrogation du tribunal d'arrondissement de Luxembourg sur l'application du principe d'inexécution et la commission parlementaire de la Chambre des députés avait confirmé qu'il fallait s'aligner sur la position prise par le législateur belge confirmant l'application du principe « *exceptus non adempti contractus* »¹⁶ dans les conditions de l'article 30, paragraphe 2, de la loi.

En effet, en cas de manquement contractuel du fait du débiteur intervenant avant le début du sursis, la loi du 7 août 2023 exige de procéder en deux étapes. Le créancier qui a mis en demeure le débiteur de remédier au défaut avant le sursis, devra laisser un délai de 15 jours au débiteur afin qu'il mette éventuellement fin au manquement « en

¹² *Doc. parl.* n° 6539, p. 58.

¹³ D. PASTEGER, « Actualités du droit des entreprises en difficulté », in N. THIRON (dir.), *Chronique d'actualités en droit commercial*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 212, in V. DE CALLATAÏ et P. DELLA FAILLE, *Loi sur la continuité des entreprises, recueil de législation, doctrine et jurisprudence*, Anthémis, p. 248.

¹⁴ P. VAN OMMESLAGHE, « La loi sur la continuité des entreprises : opposabilité des conventions aux créanciers », in A. ZENNER et M. DAL (dir.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 163 in V. DE CALLATAÏ et P. DELLA FAILLE, *Loi sur la continuité des entreprises, recueil de législation, doctrine et jurisprudence*, Anthémis, p. 248.

¹⁵ C. ALTER et Z. PLETINCKX, *op. cit.*, p. 284. A.-S. GIGOT, « L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collective d'insolvabilité », *R.D.C.*, 2011/6, p. 529, in V. CALLATAÏ et P. DELLA FAILLE, *Loi sur la continuité des entreprises, recueil de législation, doctrine et jurisprudence*, Anthémis, p. 248.

¹⁶ *Doc. parl.* n° 6539⁹, p. 28.

s'exécutant » pour autant que le créancier ait réitéré cette mise en demeure « après l'octroi du sursis »¹⁷. Cette seconde mise en demeure devra spécifiquement enjoindre au débiteur de remédier au défaut en raison de l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, la loi du 7 août 2023 disposant que le débiteur « soit mis en demeure à cette fin par le créancier sursitaire ».

Le créancier est véritablement mis en position de force vis-à-vis du débiteur car si le débiteur a besoin du maintien du contrat, il devra trouver les ressources nécessaires pour s'acquitter de l'intégralité de sa dette. Nous pouvons prendre l'exemple du bail des locaux qui servent au débiteur à exercer son activité professionnelle ou encore les contrats de leasing qui peuvent être en place pour les véhicules ou machines dont l'entreprise a besoin pour accomplir ses prestations vis-à-vis de ses clients. Seul recours éventuel, alors, pour le débiteur sera que le juge (agissant avec la plus grande réserve) décide de lui « accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état » conformément à l'article 1244 du Code civil afin d'assurer la continuité des activités de l'entreprise en difficulté.

Le co-contractant pourra donc obtenir, en l'absence de tout abus de droit, la résolution du contrat pour inexécution fautive du débiteur s'il s'avère que le défaut repose sur une autre raison que celle de l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire. Ce sera alors au débiteur de rapporter la preuve que le ou les motifs invoqués par le co-contractant sont abusifs en application des principes de droit commun¹⁸. La jurisprudence belge en la matière est intéressante car s'il est possible que le créancier mette fin au contrat encore faut-il que ce droit s'exerce avec « prudence et mesure », rappelle le juge belge qui aura la possibilité de contraindre le créancier à réduire son action à ce qui ne « compromet [pas] gravement les chances de redressement » du débiteur¹⁹.

C. L'option du débiteur : la suspension de l'exécution de ses obligations

L'article 30 de la loi apporte toutefois un attermoiement significatif au principe, puisqu'il est loisible au débiteur de suspendre l'exécution de ses obligations pour autant que « la réorganisation de l'entreprise le requiert impérativement » pendant la durée du sursis.

L'usage de cette faculté doit donc être justifié et ne peut pas être juste utile ou nécessaire au débiteur et ce dernier devra notifier le créancier de la suspension. Lors des travaux parlementaires, la Chambre de commerce avait recommandé la suppression du terme « impérativement », lui préférant le terme « nécessairement » employé par le Code belge de droit économique dans un « souci de sécurité juridique »²⁰. Le législateur n'a pas fléchi et a maintenu le terme « impérativement » estimant « en effet que le débiteur, qui bénéficie déjà d'un sursis, ne doit pouvoir bénéficier de cette mesure, qui peut cependant entraîner des conséquences lourdes pour ces créanciers, uniquement si cela est absolument requis pour que la réorganisation de l'entreprise soit possible »²¹.

Le débiteur devra, s'il suspend l'exécution de ses obligations, notifier à chaque créancier dans un délai de 14 jours sa décision soit par lettre recommandée soit par voie électronique. Ces notifications devront être déposées au greffe. Dans l'hypothèse où le créancier considère que la condition du caractère « impératif » ne serait pas réelle ou justifiée, il faudra alors envisager, éventuellement en fonction de la situation donnée, soit d'introduire un recours en référé soit assigner le débiteur afin d'obtenir le maintien de l'exécution des obligations contractuelles.

Il s'ensuit que, lorsque le débiteur opte pour la suspension de ses obligations, le créancier a également la possibilité de suspendre l'exécution de ses propres obligations sans pour autant pouvoir résilier le contrat.

¹⁷ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, p. 483.

¹⁸ C. ALTER et Z. PLETINCKX, « Insolabilité des entreprises, dépistage, mesures préventives et procédures de réorganisation judiciaire », in *Répertoire pratique du droit belge*, Larquier, p. 285.

¹⁹ Prés. Comm. Dinant, 17 août 2011, *R.D.C.*, 2012, p. 934.

²⁰ *Doc. parl.* n° 6539A³, avis de la Chambre de commerce, p. 20.

²¹ *Doc. parl.* n° 6539A, amendements au projet de loi, p. 3.

D. La créance issue des contrats en cours

L'article 31 de la loi, qui ne porte que sur les créances issues de contrats en cours à prestations successives, crée une exception pour ces contrats en particulier puisque les créances qui en découlent (et les intérêts y afférents) sont exclues des effets du sursis dès lors qu'elles naissent de prestations survenant après le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire.

Dans l'hypothèse où la réorganisation judiciaire échoue et que l'entreprise soit déclarée en faillite ou mise en liquidation, les bénéficiaires de créances issues de contrats en cours à prestations successives sont en quelque sorte dans une position plus avantageuse que les créanciers sursitaires. Conformément à l'article 32 de la loi, ces dettes sont considérées comme celles de la masse dans la faillite ou dans la liquidation s'il existe, cependant, un lien étroit entre la procédure de réorganisation judiciaire et la procédure collective. Ce lien étroit est d'office présumé lorsque la procédure collective en question intervient dans les 12 mois à compter de la fin de procédure de réorganisation judiciaire.

Le conseil de l'Ordre des avocats de Luxembourg avait alerté les auteurs du projet de loi sur le fait que « [l]a création d'une catégorie de créanciers de la masse n'est pas sans danger, surtout au cas où le débiteur — éventuellement non assisté d'un mandataire judiciaire — fait généreusement appel aux contrats en cours pendant la période de restructuration. Cette catégorie des créanciers de la masse affectera le sort des "anciens" créanciers, à savoir les créances sursitaires en cas de faillite. De son côté, le curateur de faillite se trouvera devant un casse-tête pour le cas où les actifs de la faillite ne suffisent pas à rembourser les créanciers de la masse. Il risque donc de se retrouver avec des créanciers "superprivilegiés" dont le rang prime même celui des travailleurs »²².

Il y a également la créance qui résulte des clauses pénales et des majorations d'intérêt dont le paiement est laissé au choix du créancier.

L'article 30, paragraphe 3, dispose que le créancier peut demander à ce que les montants correspondants au dommage réel subi du fait de la non-exécution du contrat soient inclus dans le montant de sa créance sursitaire et fera alors l'objet d'une proposition de règlement dans le plan de réorganisation ou d'un paiement au pro rata résultant du transfert par décision de justice. Le créancier, *a contrario*, pourra choisir d'exiger le paiement des clauses pénales et de majoration d'intérêt à l'issue de l'exécution du plan de réorganisation judiciaire. Ceci ne vaut que pour les clauses pénales des contrats auquel il n'aurait pas été mis fin en raison d'un manquement du débiteur après l'octroi du sursis.

Les salariés quant à eux sont, de par la loi, privilégiés étant donné que les contrats de travail échappent au sursis et ne peuvent être suspendus (article 30 de la loi) et les créances nées des prestations des salariés antérieurement à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaires ne peuvent être réduites par le plan de réorganisation. Toute autre solution serait d'ailleurs vouée à l'échec comme l'avait souligné le conseil de l'Ordre des avocats de Luxembourg²³.

E. Les contrats de garantie financière

Les bénéficiaires de sûretés réelles constituées sous l'empire de la loi de 2005 ne sont quant à eux pas affectés par l'octroi d'un sursis ou l'ouverture d'une procédure de réorganisation. Ainsi, abonde dans ce sens le Conseil d'État qui dans l'un de ses avis précise que « [l]a loi en projet n'affectera pas les garanties financières tombant sous le champ d'application de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière »²⁴, et le conseil de l'Ordre des avocats de Luxembourg d'ajouter que les « [l]es bénéficiaires d'un contrat de garantie financière — citons à titre d'illustration le contrat de gage portant sur des créances ou des instruments financiers — ne seraient pas affectés par la mesure d'assainissement et seraient donc en droit de réaliser leur gage pendant la période de sursis »²⁵.

²² *Doc. parl.* n° 6539A⁵, avis du Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, p. 13.

²³ *Doc. parl.* n° 6539A⁵, avis du Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, p. 14.

²⁴ *Doc. parl.* n° 6539⁷, avis du Conseil d'État, p. 2.

La loi du 7 août 2023 est conforme à la volonté du législateur européen qui indique au considérant 94 de la directive Restructuration, certes dans une hypothèse différente, que « les dispositions des directives 98/26/CE [directive concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres] et 2002/47/CE [directive concernant les contrats de garantie financière] du Parlement européen et du Conseil et le règlement (UE) n° 648/2012 devraient s'appliquer nonobstant les dispositions de la présente directive ».

Il faudra prendre garde, cependant, que la réalisation du gage ne soit pas conditionnée à l'accélération de la dette puisque les contrats en cours sont maintenus comme nous l'avons vu plus haut. La loi de 2005 permet une grande liberté dans la détermination des cas de réalisation et le rédacteur du contrat de sûreté veillera donc à ce qu'elle puisse être réalisée sans être conditionnée aux modalités d'exécution du contrat de crédit dont la dette est garantie par le gage. Rien n'empêche qu'un cas de défaut soit le dépôt d'une requête ou l'ouverture d'une procédure de réorganisation. Dans l'hypothèse où le débiteur n'est pas emprunteur mais seulement constituant d'un contrat de garantie financière, la loi du 7 août 2023 ne fait pas obstacle à la réalisation de la sûreté pour autant qu'il n'est pas mis fin au contrat de garantie financière et que les modalités de son exécution ne sont pas altérées.

Si le contrat de garantie financière prévoit comme événement déclencheur l'unique accélération de la dette bancaire suite à l'envoi d'une notice d'accélération, puisqu'une accélération de la dette bancaire n'est pas possible, et donc inopérante, le gage ne saurait être réalisé pendant le sursis.

Si cette réalisation devait néanmoins avoir lieu, il y a un risque que cette réalisation soit annulée sur le fondement de l'abus de droit. En effet, la Cour d'appel dans son arrêt du 12 juillet 2017 dans l'affaire *Pillar*, avait relevé que « [l]e caractère accessoire du gage présuppose en principe l'exigibilité de la créance. S'il s'avère, tel qu'en l'espèce, que la créance garantie n'a été rendue conventionnellement exigible par la déchéance du terme qu'en vertu du comportement du créancier qualifié après coup d'abusif, la perte rétroactive du caractère exigible de la créance ôte toute régularité au recours par le créancier au gage consenti ».

Le conseil de l'Ordre des avocats de Luxembourg avait souligné, enfin, que « [l]e projet de loi n'aborde pas non plus la situation des biens meubles faisant l'objet d'un contrat de garantie financière en application de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière. Suivant l'esprit de la loi en projet, ces biens ne devraient pas pouvoir faire l'objet d'un transfert d'entreprise sous autorité de justice, ni d'ailleurs d'un sursis prononcé par le tribunal, ce qui pourrait d'ailleurs entraver la continuation de l'activité »²⁵.

Le législateur n'a pas donné de clarification à ce sujet, et l'on peut supposer que cela puisse générer des questions et du contentieux, mais il faut noter que l'effet de la loi du 7 août 2023 devrait avoir des conséquences plutôt limitées sur les contrats de garantie financière quels qu'ils soient étant donné que la loi de 2005 permet de stipuler tout type de cas de réalisation contractuellement convenu par les parties. La rédaction de ces contrats soumis à la loi de 2005 et les clauses des contrats de crédits y afférentes nécessiteront donc une attention particulière et les créanciers prendront soin de ne pas limiter la réalisation des sûretés aux procédures prévues par la loi du 7 août 2023.

3 La place des créanciers dans le plan de réorganisation par accord collectif

En raison des effets qu'un plan de réorganisation peut avoir sur les droits des créanciers, il est essentiel d'impliquer ces derniers dans toutes les phases du processus de conclusion d'un accord collectif. La

prise en compte et la protection des droits des créanciers doit *a fortiori* jouer par rapport aux créanciers dissidents, à savoir les créanciers qui n'ont pas voté en faveur d'un plan de réorganisation qui affectera directement leurs droits en tant que créanciers.

L'article 43, alinéa 3, de la loi reprend le critère du meilleur intérêt des créanciers, qui a son origine dans la directive Restructuration²⁷ :

« Le plan répond au critère du meilleur intérêt des créanciers en ce qu'aucun créancier ne se trouve dans une situation moins favorable du fait du plan de restructuration que celle qu'il connaîtrait si l'ordre normal des priorités était appliqué, soit dans le cas de faillite ou de liquidation judiciaire, soit dans le cas d'une meilleure solution alternative, si le plan de restructuration n'était pas homologué ».

S'il est vrai que la protection des intérêts des créanciers aura toute son importance au moment précis du vote d'un plan de réorganisation, ce n'est pas seulement au cours de cette phase essentielle que le créancier interviendra au niveau du processus qui mène à un tel plan.

Dans la mesure où l'élaboration d'un plan de réorganisation suit une chronologie prédéterminée par la loi, c'est également sous cet angle que le rôle du créancier dans le cadre d'un plan réorganisation est discuté.

L'objectif des développements qui suivent n'étant pas de décrire de manière exhaustive le processus d'élaboration d'un plan de réorganisation, les développements qui suivront se limiteront à relever les points importants.

A. La classification des créances

Cette première phase est très importante, dans la mesure où elle aboutira (a) à la fixation du montant de la créance et (b) à une catégorisation de chaque créance, soit en créance sursitaire ordinaire ou extraordinaire.

C'est le débiteur qui propose dans un premier temps un montant et une catégorie, le créancier pourra explicitement accepter cette proposition ou garder le silence, auquel cas la créance sera admise suivant la proposition du débiteur.

En cas de désaccord du créancier, ce dernier portera sa contestation à l'attention du débiteur. L'article 40, paragraphe 1^{er}, de la loi ne fournit malheureusement pas plus de détails par rapport à la mise en œuvre de cette contestation. Il est recommandé de soumettre cette contestation par courrier recommandé au débiteur²⁸.

Cette contestation ouvre alors une phase de discussion amiable, lors de laquelle le débiteur et le créancier essaieront de trouver un accord amiable. En cas de « désaccord persistant »²⁹, le créancier devra saisir le tribunal qui a ouvert la procédure de réorganisation. Le texte ne précise d'ailleurs pas si la « voie amiable » est un préalable nécessaire ou si le créancier peut immédiatement saisir le tribunal. Concernant le mode introductif de la contestation judiciaire, le Conseil d'État estime, à défaut de précision dans le texte, que le tribunal devra être saisi par voie d'assignation.³⁰

La loi ne fixe pas de délai pour procéder à une telle contestation judiciaire, mais un créancier a évidemment tout intérêt à procéder dans les meilleurs délais à cette contestation, afin d'avoir le cas échéant l'opportunité de pouvoir participer au vote sur le plan de réorganisation³¹.

L'article 40, paragraphe 1, alinéa 3, de la loi prévoit en effet que le créancier, qui n'a pas porté sa contestation devant le tribunal un mois au moins avant l'audience lors de laquelle le plan sera soumis au vote des créanciers, pourra uniquement voter et être repris dans le plan pour le montant proposé par le débiteur.

²⁷ Directive Restructuration, considérant n° 52.

²⁸ W. DAVID, J.-P. RENARD et V. RENARD, *La loi relative à la continuité des entreprises : mode d'emploi*, Kluwer, 2009, p. 178.

²⁹ Cette notion n'est pas autrement définie par la loi, qui ne fixe d'ailleurs pas de limite temporelle pour de telles discussions. Ce dernier point avait d'ailleurs été soulevé par le Conseil d'État (*Doc. parl.* n° 6539⁷, avis du Conseil d'État, p. 22).

³⁰ *Doc. parl.* n° 6539⁷, avis du Conseil d'État, p. 22.

³¹ Article 49, alinéa 2, de la loi du 7 août 2023.

²⁵ *Doc. parl.* n° 6539A⁵, avis du Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, p. 14.

²⁶ *Doc. parl.* n° 6539⁷, avis du Conseil d'État, p. 32.

Si le créancier soumet sa contestation dans le délai précité au tribunal, différents cas de figure peuvent se présenter :

- si la contestation ne relève pas de la compétence du tribunal, alors ce dernier détermine le montant et la qualité pour lesquels la créance sera provisoirement admise dans les opérations de la réorganisation judiciaire³² et renvoie les parties devant le tribunal compétent pour statuer sur le fond ;
- si la contestation relève de la compétence du tribunal, ce dernier statuera sur la contestation ou bien il procédera également à une fixation provisoire du montant et de la qualité du créancier, si une décision sur le fond ne peut pas intervenir avant l'audience prévue à l'article 49 de la loi.

B. L'élaboration du plan de réorganisation

Les créanciers n'interviennent pas au niveau de l'élaboration du plan de réorganisation, mais les articles 42 à 47 de la loi encadrent le plan de restructuration quant à son contenu.

Sans vouloir reprendre de manière extensive les dispositions des articles précités, il y a lieu de mettre en avant certains points :

- Le principe du traitement égalitaire des créanciers au sein d'une catégorie et de manière proportionnelle au montant de leur créance.
- Le principe du meilleur intérêt des créanciers³³.
- La possibilité de traiter hors du plan des créanciers d'un montant nominaleminime, avec liquidation immédiate de leurs droits.
- La nécessité de prévoir pour tous les créanciers une proposition de paiement.

Concernant ce point, il est intéressant de noter que le projet prévoyait initialement que cette proposition de paiement ne pouvait pas être inférieure à 20 % au montant de la créance en principal.

Ce n'est que vers la fin du processus législatif qu'il a été décidé de supprimer cette limitation afin de ne pas créer de frein pour trouver un accord³⁴. On peut dès lors admettre que n'importe quel montant sera considéré comme suffisant pour permettre de respecter cette obligation.

- La possibilité de prévoir un sursis pour l'exercice des droits des créanciers sursitaires extraordinaires pour une durée n'excédant pas 24 mois à compter du jugement d'homologation (avec possibilité d'extension sous certaines conditions).
- La limitation du délai d'exécution du plan à 5 ans maximum.

C. L'approbation du plan de restructuration par les créanciers

1. La majorité requise

Le plan de réorganisation préparé par le débiteur sera, après avoir été préalablement déposé au greffe et mis à la disposition des créanciers sursitaires, soumis au vote des créanciers sursitaires.

Ce vote est exercé par classe de créanciers et le plan de réorganisation est approuvé s'il obtient dans chaque classe de créanciers, (i) la majorité des créanciers, (ii) représentant par leurs créances non contestées ou provisoirement admises, la moitié de toutes les sommes dues en principal³⁵.

Le législateur luxembourgeois a levé l'option proposée par la directive de prévoir une double majorité. En effet, l'article 9.6 de la directive Restructuration n'exige qu'une majorité par classe calculée sur le montant des créances et la majorité du nombre de créanciers comme option. Il est à noter qu'alors que la directive Restructuration exige expressément un vote favorable de la majorité calculée sur base du montant des créances, l'article 49, alinéa 2, n'exige que l'accord de la moitié du montant des créances.

Pour le calcul de ces majorités, sont pris en compte les créanciers avec les montants respectifs repris sur la liste prévue à l'article 48 de

³² Ceci permettra notamment au créancier de participer pour ce montant et en cette qualité au vote des créanciers (article 49, alinéa 2, de la loi du 7 août 2023).

³³ *Cfr* ci-dessus.

³⁴ *Doc. parl.* n° 6539A², p. 32.

³⁵ Article 49, alinéa 2, de la loi du 7 août 2023.

la loi, ainsi que les créanciers dont les créances ont été provisoirement admises.

Concernant le quorum, il est à noter que les créanciers qui n'ont pas participé au vote et les montants de leurs créances respectives ne sont pas pris en compte pour le calcul des majorités.

2. Le droit des créanciers d'émettre des contestations

L'article 49, alinéa 7, de la loi dispose que : « Les créanciers votant contre l'adoption du plan peuvent contester de façon motivée que le plan satisfait au critère du meilleur intérêt des créanciers ».

Le projet de loi avait été complété par cet alinéa par voie d'amendement parlementaire en 2022³⁶.

Bien que le texte ne fournisse pas de détails à ce sujet, on peut admettre que l'objectif de cette disposition est qu'il soit assuré que le tribunal qui sera amené à statuer sur l'homologation du plan de réorganisation ait connaissance de telles contestations, qu'il devra analyser en vertu de l'article 50, alinéa 2, de la loi.

D. L'homologation du plan de réorganisation

Le plan de réorganisation doit, avant d'avoir force contraignante, faire l'objet d'une homologation de la part du tribunal.

Il y a lieu de distinguer entre deux hypothèses, à savoir celle où le plan de réorganisation a été approuvé par les créanciers sursitaires conformément à l'article 49, alinéa 2, de la loi et donc par une approbation dans toutes les classes de créanciers et celle où le plan de réorganisation n'a pas été approuvé par chacune des classes.

1. Approbation par chacune des classes

Dans cette hypothèse, le contrôle du tribunal est relativement limité en ce que ce dernier doit seulement vérifier que :

- tout nouveau financement prévu est nécessaire pour mettre en œuvre le plan de restructuration ;
- le plan de réorganisation ne porte pas une atteinte excessive aux droits des créanciers ; et
- le plan de réorganisation satisfait aux critères du meilleur intérêt des créanciers, en cas de contestation sur base de l'article 49, alinéa 7, de la loi.

2. Défaut d'approbation par chacune des classes

Conformément à l'article 49, alinéa 2, de la loi, à défaut de vote favorable dans chacune des classes, le plan n'est pas approuvé par les créanciers et la conséquence logique devrait être un refus d'homologation du plan de réorganisation.

Or, la directive Restructuration requiert à l'article 11 de prévoir la possibilité d'imposer un plan de restructuration dissident, et ceci évidemment sous certaines conditions :

« Les États membres veillent à ce qu'un plan de restructuration qui n'est pas approuvé par les parties affectées conformément à l'article 9, paragraphe 6, dans chaque classe autorisée à voter puisse être validé par une autorité judiciaire ou administrative sur proposition d'un débiteur, ou avec l'accord du débiteur, et être imposé aux classes dissidentes autorisées à voter, lorsque ce plan de restructuration remplit au moins les conditions suivantes (...) ».

Une telle possibilité est souvent désignée par le terme de « Cross-class cram down ».

Ce mécanisme a été transposé à l'article 50, alinéa 2, de la loi et permet au tribunal d'homologuer un plan de réorganisation, qui n'a pas été approuvé par toutes les classes, si les conditions suivantes sont remplies :

- conformité aux exigences générales que les plans de restructuration approuvés par les créanciers doivent respecter (*cfr* ci-dessus) ;

³⁶ *Doc. parl.* n° 6539A².

- en cas d'approbation par la seule classe des créanciers sursitaires ordinaires, il doit être assuré que cette classe soit traitée de manière plus favorable que la classe des créanciers ordinaires ;
- aucune classe ne peut, en application du plan, recevoir ou conserver plus que le montant des créances ou intérêts.

Il reste à ajouter que dans les deux hypothèses, dès que les exigences légales pour l'homologation d'un plan de réorganisation sont remplies, la marge d'appréciation du tribunal sera assez limitée dans la mesure où l'article 50, alinéa 4, de la loi prévoit que l'homologation ne peut être refusée que dans des cas limitatifs, à savoir :

- l'inobservation des formalités requises par la loi ;
- le non-respect des exigences générales et spécifiques (*cf* ci-dessus) ;
- le plan n'offre pas une perspective raisonnable d'éviter l'insolvabilité du débiteur ou de garantir la viabilité de l'entreprise ; et
- la violation de l'ordre public.

E. Les voies de recours contre le jugement d'homologation

La seule voie de recours ouverte pour les créanciers contre le jugement d'homologation est l'appel et uniquement dans l'hypothèse d'une homologation du plan de réorganisation.

Il est important de noter que le délai d'appel est de 15 jours à compter de sa notification.

Conformément au dernier alinéa de l'article 50 de la loi, cette notification intervient par la voie du greffe.

F. Les effets du plan de réorganisation pour les créanciers

L'homologation du plan de réorganisation rend le plan de réorganisation contraignant pour tous les créanciers sursitaires.

La loi contient également des dispositions relatives à deux hypothèses particulières.

1. Le sort des créances sursitaires contestées

L'article 53 de la loi contient des procédés pour assurer le respect des droits des créanciers, dont les créances étaient contestées, mais ont fait l'objet d'une reconnaissance judiciaire après le jugement d'homologation. Ces créanciers seront payés en effet conformément aux modalités prévues pour les créances de même nature.

2. Les créances qui ne figuraient pas dans la liste des créanciers sursitaires

L'article 53, alinéa 3, de la loi distingue entre deux cas de figure, à savoir :

- les créanciers sursitaires qui n'ont pas été portées à la liste visée à l'article 13, paragraphe 2, point 6^o, de la loi, mais qui ont été informées (du plan de réorganisation) au cours du sursis ; et
- les créanciers sursitaires qui se trouvent dans la même situation que sous (a), avec la seule différence qu'ils n'ont pas été informés (du plan de réorganisation) au cours du sursis.

S'il est vrai que le débiteur doit en principe uniquement informer du plan de réorganisation les créanciers qu'il avait repris dans la liste visée à l'article 13, paragraphe 2, point 6^o, de la loi, nous supposons que le législateur voulait ici viser l'hypothèse où le débiteur n'apprendra qu'après le dépôt de la requête de l'existence d'un certain créancier et qu'il procède ou non, en cours de sursis à l'information de ce dernier.

G. La révocation du plan de réorganisation

En vertu de l'article 54 de la loi, tout créancier peut, par assignation demander la révocation du plan de réorganisation lorsque (i) le débiteur n'est manifestement plus en mesure de l'exécuter et que (ii) le créancier en subit un préjudice.

Bien que la loi ne le précise pas expressément, et se réfère de façon générale à « tout créancier », nous estimons que la demande en révocation est ouverte uniquement aux créanciers qui sont concernés par le plan de réorganisation³⁷.

4 La réorganisation judiciaire par transfert par décision de justice

La réorganisation judiciaire par transfert par décision de justice est régie par les articles 55 et suivants de la loi du 7 août 2023. Il s'agit, à côté de l'accord amiable et de l'accord collectif sur un plan de réorganisation, de la troisième modalité d'une réorganisation judiciaire en vue « de préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités de l'entreprise »³⁸. À l'instar de ces deux autres modalités, le transfert par décision de justice s'inspire largement des dispositions correspondantes du Code de droit économique belge³⁹. Le fait que le législateur luxembourgeois n'ait pas repris la terminologie utilisée dans le Code de droit économique belge, qui se réfère à la « réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice », et de désigner la procédure comme une « réorganisation judiciaire par transfert par décision de justice », ne doit pas prêter à conséquence.

Schématiquement, le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, ordonnera le transfert de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités soit sur demande du débiteur dans le cas où une réorganisation judiciaire par transfert par décision de justice peut être demandée par le débiteur « dans sa requête de réorganisation judiciaire ou ultérieurement au cours de la procédure de réorganisation judiciaire »⁴⁰, soit, sous les conditions prévues à l'article 55, paragraphe 2, de la loi du 7 août 2023 précitée, sur requête du procureur d'État ou sur assignation d'un créancier ou de « toute personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise »⁴¹. Le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, en acceptant d'ouvrir la procédure de réorganisation par transfert par décision de justice⁴² nommera un mandataire de justice pour organiser et réaliser ledit transfert et trouver des candidats à la reprise. Si le transfert par décision de justice peut être demandé par « toute personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise », encore faut-il que cet intérêt soit légitime.

Ainsi, un concurrent introduisant une telle demande uniquement afin de conforter sa position concurrentielle ne présentera pas un intérêt légitime (voir les documents parlementaires belges cités par C. ALTER et Z. PLETINCKX, « Insolvabilité des entreprises », *R.P.D.B.*, 2019, n° 340, p. 405).

Dans son avis du 1^{er} décembre 2015 (doc. parl. 6539-7, p. 27) le Conseil d'État avait également exprimé ces craintes : « Concernant cette dernière catégorie, le Conseil d'État redoute que la procédure de transfert n'ouvre la porte aux prédateurs. Il considère en effet que l'intérêt réel à acquérir l'entreprise ne peut appartenir qu'à un concurrent et il doute que cet intérêt soit toujours compatible avec le but de réorganisation de l'entreprise qui est annoncé à l'intitulé de la section 4 du projet de loi qui précède l'article sous examen. Il craint notamment que les entreprises concernées risquent d'être démantelées par des concurrents appâtés par les actifs matériels et immatériels de l'entreprise, ou que la procédure de transfert proposée devienne un moyen pour écarter un concurrent ». De même reste, pour l'instant, obscure la coordination d'un transfert par décision de justice avec la procédure de concentrations d'entreprises prévue par le projet de loi n° 8296.

³⁷ *Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 0160/002, p. 71 (loi belge du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises).

³⁸ Article 12 de la loi du 7 août 2023.

³⁹ Pour la procédure qui nous occupe, les articles 84 et suivants.

⁴⁰ Article 55, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi du 7 août 2023.

⁴¹ Le fait que l'article 55, paragraphe 2, ne mentionne comme intérêt à agir que l'acquisition de tout ou partie de l'entreprise, alors que le paragraphe 1^{er} de cet article vise l'objectif de la procédure de réorganisation judiciaire par transfert d'entreprise vise, outre le transfert de tout ou partie d'entreprise, mais aussi le transfert de tout ou partie de ses activités est certainement un oubli et ne doit pas porter à conséquence.

⁴² Il est rappelé que l'article 34 de la loi du 7 août 2023 permet de modifier « en cours de route » l'objectif d'une procédure de réorganisation judiciaire.

L'étendue de l'objet du transfert soit est fixée par le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, soit est laissée à l'appréciation du mandataire de justice, sur lequel reposera une charge assez lourde afin de déterminer la viabilité de l'entreprise ou partie de l'entreprise ou des activités à transférer. Une juridiction ne sera pas nécessairement outillée pour le faire.

Ce mandataire de justice élaborera un ou plusieurs projets de vente et il appartiendra ensuite au tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, d'autoriser la ou les ventes sur base des projets qui lui auront été soumis par le mandataire de justice. Après la réalisation de la ou des ventes, le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, procédera à la clôture de la procédure.

A. La prise en compte des intérêts des créanciers dans les objectifs de réorganisation judiciaire par transfert par décision de justice

Le transfert de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités dans le cadre d'une réorganisation judiciaire par transfert par décision de justice peut donc être soit volontaire, soit imposé au débiteur. De par sa conception, il se distingue de la cession volontaire prévue à l'article 46 de la loi du 7 août 2023 précitée, laquelle intervient dans le cadre d'un plan de réorganisation judiciaire.

Si l'article 12 de la loi du 7 août 2023 fixe l'objectif général d'une procédure de réorganisation judiciaire comme étant celui de « préserver, sous contrôle du juge, la conformité de tout ou partie des actifs ou des activités de l'entreprise », cette loi a précisé cet objectif général pour le transfert par décision de justice en obligeant le mandataire de justice à « rechercher[r] et solliciter[r] des offres en veillant prioritairement au maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise, tout en ayant égard aux droits des créanciers »⁴³. Les actifs mobiliers et immobiliers devant faire l'objet du transfert doivent être « nécessaires ou utiles au maintien de tout ou partie de l'activité économique de l'entreprise »⁴⁴. Même si elle ne l'exprime pas expressément, cette formulation reconnaît trois critères : « Le maintien total ou partiel des activités, avoir égard au respect des droits des créanciers, tout en assurant le maintien d'un certain niveau d'emploi »⁴⁵, et cela même si une seule offre de reprise a été soumise au mandataire de justice et présentée au tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, pour autorisation. Les auteurs du projet de loi ont cependant précisé que, parmi ces critères, le critère prioritaire est celui du « maintien de l'emploi à court ou moyen terme »⁴⁶.

Le maintien de l'activité économique explique aussi que le transfert par décision de justice ne peut pas entraîner un démembrement de l'entreprise. Il ne s'agit pas pour les candidats à la reprise de tout ou partie de l'entreprise ou des activités du débiteur de choisir les « bons morceaux » (*cherry-picking*) sans tenir compte d'une consistance de la partie de l'entreprise ou des activités dont ils veulent se porter acquéreurs⁴⁷.

Il n'en reste pas moins que les droits des créanciers, même s'ils ne constituent pas le « critère prioritaire », doivent être retenus comme faisant partie des critères d'évaluation. Ainsi les offres « comparables » sont celles qui fournissent aussi aux créanciers des garanties suffisantes et similaires voire identiques pour le remboursement de leurs créances. Il appartiendra, d'abord au mandataire de justice, puis au tribunal d'arrondissement de procéder à une évaluation des différentes offres au regard des trois critères précédemment énumérés, à savoir le maintien de l'activité économique, le maintien de l'emploi « à court et moyen terme » et les droits des créanciers. Ce n'est qu'en cas de « pluralité d'offres comparables » que l'article 60 de la loi du 7 août 2023 impose, reflétant l'intention du législateur, que « la priorité [soit] accordée à [l'offre] qui garantit la permanence de l'emploi par accord salarial ».

Après la réalisation des transferts par décision de justice, il y a lieu de craindre l'ouverture d'une procédure de faillite du débiteur et les

créanciers dont les créances ne seraient pas reprises subiront le sort funeste de tout créancier dont le débiteur est déclaré en faillite.

B. La situation des créanciers pendant la période d'organisation du transfert

Ainsi qu'il a été indiqué dans l'introduction, nous n'aborderons pas la procédure prévue à l'article 57 de la loi du 7 août 2023 pour le transfert des contrats de travail.

Comme indiqué ci-dessus, l'objectif d'une réorganisation judiciaire par transfert par décision de justice étant le maintien d'une activité économique, de tout ou partie de l'entreprise du débiteur ou de ses activités, il est essentiel que, en attendant le transfert envisagé, les contrats en cours continuent à s'appliquer. L'article 30 de la loi du 7 août 2023, analysé précédemment, s'appliquera pendant cette période.

Lorsque le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, ordonne la réorganisation judiciaire par transfert par décision de justice, l'article 56, alinéa 2, de la loi du 7 août 2023 lui permet d'ordonner un sursis complémentaire qui ne peut excéder six mois à compter de la date de la décision. Ce sursis devrait permettre au mandataire de justice d'organiser le transfert en bénéficiant d'une certaine protection.

Cependant, cet objectif de l'instauration du sursis complémentaire risque d'être mis à mal dans deux cas de figure.

D'une part, les sursis de l'article 30 de la loi du 7 août 2023, et par voie de conséquence, le sursis complémentaire de l'article 56 de cette même loi, n'empêche pas la réalisation des garanties financières régies par la loi de 2005 (*cf supra*).

D'autre part, l'article 56, alinéa 2, de la loi du 7 août 2023 se réfère à un « sursis complémentaire ». Si le transfert est imposé au débiteur dans l'une des hypothèses de l'article 55, paragraphe 2, de la loi du 7 août 2023, aucun sursis n'a été prononcé ou, s'il y en a eu un, il a été révoqué. Est-ce que, dans ces hypothèses, le tribunal peut néanmoins prononcer un « sursis complémentaire » ? Pour I. Verougstraete⁴⁸, « il ne faut cependant pas attacher une importance excessive à la terminologie utilisée. L'idée du législateur était que l'entreprise puisse bénéficier quasi automatiquement d'un délai de sursis (...). Le tribunal bénéficie ainsi d'un large pouvoir d'appréciation »⁴⁹. De même un sursis complémentaire peut être ordonné si le sursis « initial » a échoué⁵⁰. La volonté du législateur luxembourgeois ayant été de faire un « copier-coller » de la loi belge, la position doctrinale belge précitée peut parfaitement être reprise au Luxembourg. Il serait d'ailleurs contre-productif avec l'objectif affiché de la procédure de réorganisation judiciaire en question de ne pas instaurer la protection que constitue le sursis, certes qualifié de « complémentaire », dans les situations où un transfert est imposé au débiteur.

En l'absence de sursis, les créanciers, et pas seulement ceux bénéficiant d'une garantie financière, pourraient exécuter leur créance, notamment sur les actifs de valeur (ou de quelque valeur) rendant ainsi illusoire, voire inutile, la continuation de la procédure de transfert. Autant, dans ce cas, pour le débiteur faire directement un aveu de faillite.

C. L'implication des créanciers dans le processus de vente

Si le débiteur continue de gérer les affaires de l'entreprise pendant la période transitoire en attendant la réalisation du ou des transferts par décision de justice, cette gestion devant cependant être limitée aux affaires courantes, le mandataire de justice va, si le tribunal ne le fait pas lui-même, déterminer l'étendue du transfert⁵¹. Il va organiser le processus de vente et solliciter les offres, en tenant compte des objectifs de la procédure de réorganisation judiciaire par transfert par décision de justice, dont, mais pas prioritairement, les droits des créanciers. Un

⁴⁸ *Ibidem*, n° 698, p. 586.

⁴⁹ Dans le même sens, D. WILLERMAIN, « La nouvelle loi sur la continuité des entreprises : présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d'entreprises », in M. GRÉGOIRE, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, n° 117, p. 141.

⁵⁰ C. ALTER et Z. PLETINCKX, *op. cit.*, n° 345, p. 408.

⁵¹ Article 56, alinéa 1^{er}, de la loi du 7 août 2023.

⁴³ Article 58, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 7 août 2023.

⁴⁴ Article 58, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 7 août 2023.

⁴⁵ I. VEROUGSTRAETE *e.a.*, *op. cit.*, n° 681, p. 576.

⁴⁶ *Doc. parl.* n° 6539, p. 63, *ad* article 57.

⁴⁷ I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, n° 682, p. 577.

ou plusieurs créanciers peuvent se porter eux-mêmes, directement ou indirectement, individuellement ou avec d'autres créanciers ou tiers, acquéreurs de tout ou partie de l'entreprise de leur débiteur ou de tout ou partie de ses activités. D'ailleurs, l'expérience à l'étranger a montré que de telles reprises pouvaient assurer la viabilité de l'entreprise ou partie d'entreprise ayant fait l'objet du transfert ou des activités concernées. Si la loi du 7 août 2023 n'oblige pas le mandataire de justice à informer tous les candidats offrans d'offres qu'il a reçues, « les principes du droit de la concurrence imposeraient néanmoins que la recherche d'offres fasse l'objet d'une certaine publicité »⁵².

L'article 58, paragraphe 3, de la loi du 7 août 2023 permet à un candidat à la reprise d'indiquer un ou plusieurs contrats en cours qu'il souhaite reprendre. Le texte de la loi précise qu'une telle reprise ne peut concerner que ce ou ces contrats « intégralement, dettes du passé incluses ». Une reprise partielle de contrats est dès lors prohibée.

Cet article fait aussi la distinction entre les contrats conclus *intuitu personae* et ceux qui ne le sont pas. Le consentement du cocontractant n'est pas requis pour ces derniers et, si son offre est choisie, le candidat offrant sera subrogé dans les droits du débiteur. Le consentement du co-contractant sera, en revanche, toujours requis pour les contrats conclus *intuitu personae*. En cas de reprise d'un contrat en cours, qu'il ait été conclu *intuitu personae* ou non, le mandataire de justice devra en informer le ou les cocontractants concernés, même si leur consentement n'est pas requis. Encore faut-il déterminer qui devra se prononcer en cas de contestation sur le caractère *intuitu personae* ou non des contrats en cours. Il semblerait logique que ce soit le tribunal d'arrondissement auquel la demande d'autorisation de transfert a été faite⁵³, mais les co-contractants ne sont pas nécessairement appelés à l'audience, sauf s'ils sont des créanciers hypothécaires ou privilégiés (ainsi que nous le verrons ci-dessous). Les cocontractants peuvent néanmoins intervenir dans la procédure et introduire un recours contre le jugement d'autorisation en application du droit commun de la procédure civile⁵⁴. Par ailleurs, même si l'exposé des motifs de la loi belge précise que « [l]a reprise d'un contrat en cours n'est pas désavantageuse pour le cocontractant du débiteur, étant donné l'obligation pour l'offrant de reprendre la totalité des dettes »⁵⁵, même pour ce qui est des contrats qui ne sont pas conclus *intuitu personae*, le co-contractant pourra avoir des raisons tirées de son expérience à ne pas vouloir s'engager contractuellement avec le repreneur.

Certains créanciers, à savoir les créanciers hypothécaires ou privilégiés inscrits ou dispensés d'inscription, ainsi que les créanciers qui ont fait transcrire un commandement ou un exploit de saisie, doivent être appelés à la procédure d'autorisation en cas de vente d'un bien immobilier de gré à gré et peuvent demander que cette vente soit « subordonnée à certaines conditions, telle que la fixation d'un prix de vente minimum »⁵⁶. En cas de vente d'un bien meuble, y compris d'un fonds de commerce, les créanciers bénéficiant de ces droits sont ceux « qui ont fait inscrire ou enregistrer leurs sûretés »⁵⁷. De ce qui vient d'être dit à propos des bénéficiaires de contrats de garantie financière (*cfr supra*), il découle que les « sûretés » visées ici ne sont pas celles tombant sous le champ d'application de la loi de 2005.

Les droits des créanciers seront aussi protégés, du moins en théorie, par le contenu de l'offre. En effet, l'article 58, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, prévoit *in fine* que « pour qu'une offre puisse être prise en considération, le prix offert pour l'ensemble des actifs vendus ou cédés doit être égal ou supérieur à la valeur de réalisation forcée présumée en cas de faillite ou liquidation ». Il s'agit d'éviter que l'entreprise ou la partie qui sera cédée ou les activités concernées soient bradées. Selon la doctrine belge, « la règle permettant de vérifier si l'intérêt des créanciers était respectée [doit] consister en une comparaison entre le prix proposé dans le cadre du transfert d'entreprise et celui qui aurait pu être obtenu en cas de liquidation ou de faillite »⁵⁸. L'évaluation du prix devra être effectuée par le mandataire de justice, qui devra cependant tenir compte du fait que la valeur de réalisation en cas de liquidation ou de faillite ne peut être qu'approximative et dépendre du marché, étant entendu que le prix obtenu dans le cadre d'une faillite n'est pas nécessairement révélateur de la valeur de la société faillite ou de ses actifs.

Une autre garantie est offerte afin de sauvegarder, notamment, les droits des créanciers, lorsque l'offre de reprise est faite par « des personnes qui exercent ou ont exercé le contrôle de l'entreprise et exercent en même temps directement ou indirectement le contrôle sur les droits nécessaires à la poursuite de ses activités »⁵⁹ (hypothèse dite de l'auto-cession). Dans pareille hypothèse, le mandataire de justice et le tribunal d'arrondissement devront veiller à ce que cette offre soit faite dans les mêmes conditions de concurrence que celles applicable aux autres offres (« ces droits [nécessaires à la poursuite des activités de l'entreprise] [doivent être] accessibles dans les mêmes conditions aux autres offrans »).

Ainsi, procéduralement, les créanciers chirographaires ont des droits assez limités dans la mesure où l'autorisation du transfert n'est pas subordonnée à leur accord. Même pour les créanciers visés à l'article 59 de la loi du 7 août 2023, s'ils sont appelés à l'audience et s'ils peuvent demander au tribunal que la vente subordonnée à certaines conditions, il appartiendra au seul tribunal d'arrondissement de décider, sous réserve d'un recours juridictionnel de leur part.

Si l'un des objectifs recherchés est que le transfert par décision de justice soit réalisé en tenant compte des droits des créanciers, ce sera d'abord au mandataire de justice et, par la suite, au tribunal d'arrondissement d'en assurer le respect, même si ces droits sont subordonnés à ceux découlant du maintien de l'emploi.

Patrick SANTER

Avocat à la Cour

Anna HERMELINSKI-AYACHE

Avocat à la Cour

Michel NICKELS

Avocat à la Cour

⁵² C. ALTER et Z. PLETINCKX, *op. cit.*, n° 349, p. 409.

⁵³ La loi du 7 août 2023 fait certes référence à une « vente », mais c'est le transfert par décision de justice qui est visé.

⁵⁴ I. VEROGSTRAETE, *op. cit.*, n° 799, p. 654.

⁵⁵ *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 78, cité par C. ALTER et Z. PLETINCKX, *op. cit.*, n° 353, pp. 413-414.

⁵⁶ Voir article 59, paragraphe 1^{er}, de la loi du 7 août 2023. Celle-ci prévoit en outre un régime particulier pour la vente de biens immobiliers appartenant en copropriété.

⁵⁷ Article 59, paragraphe 3, de la loi du 7 août 2023.

⁵⁸ C. ALTER et Z. PLETINCKX, *op. cit.*, n° 351, p. 411.

⁵⁹ Article 58, paragraphe 2, de la loi du 7 août 2023.