

Alerte faillite

Note

Mise à jour: 07 mai 2020



Alerte faillite

Le contexte très particulier de la pandémie du Covid-19 est un défi pour toutes les entreprises. Les affaires tournent moins bien et les inquiétudes grandissent. Parmi elles, la difficulté de faire entrer des liquidités et de régler ses dettes est majeure. De nombreux chefs d'entreprise se posent la question quant à l'avenir de leur entreprise et s'ils vont devoir faire faillite. C'est une question terrible à se poser et nous avons conscience que cela peut causer un stress et des émotions très forts. Avec cette note, nous vous proposons de comprendre ce qu'est la faillite, comment la prévenir ; et quand elle est inévitable, comment la gérer avec soin. Avant de prendre une décision seul, n'hésitez pas à prendre contact de manière confidentielle avec l'une des personnes de contact indiquées en fin de document.

Sommaire – Vos questions

I. PRÉVENTION	3
1. Comprendre la notion (de risque) de faillite.....	3
2. Quels sont les moyens dont je dispose pour prévenir la faillite (sans recours à la justice) ?.....	5
3. Quels sont les moyens légaux dont je dispose pour prévenir la faillite ?.....	8
II. PROCÉDURE.....	15
4. Quand dois-je faire aveu de faillite ?	15
5. Comment procéder à l'aveu de faillite ?	15
6. Que dois-je faire si ma société est assignée en faillite ?	16
7. Comment la faillite est-elle mise en œuvre ?	17
III. EFFETS.....	18
8. Que dois-je faire en tant que dirigeant une fois que ma société a été déclarée en faillite? Quels sont les effets de la faillite sur la gestion de mon entreprise?.....	18
9. Quels sont les effets de la faillite sur les contrats déjà conclus avec mes clients?	19
10. Quels sont les effets de la faillite pour mes créanciers?.....	19
11. Quels sont les effets de la faillite pour mes débiteurs?	20
12. Quels sont les effets de la faillite pour mes employés/salariés?	20
IV. RESPONSABILITÉ(S)	21
13. Quels sont les risques que j'encours en tant que dirigeant en cas de faillite ?	21
14. Quels sont les effets de la faillite sur mon autorisation d'établissement ?	26

Ce document a pour objectif de vous fournir des informations générales sur les sujets mentionnés ci-dessus. En aucun cas il ne constitue un conseil légal, ni ne remplace la consultation adéquate d'un conseiller juridique.

Réponses

I. PRÉVENTION

1. Comprendre la notion (de risque) de faillite

Un commerçant (en nom personnel ou une société commerciale) se trouve en état de faillite lorsque deux conditions sont réunies :

1. le commerçant se trouve en état de cessation de paiements, principalement en raison d'une absence de liquidités disponibles pour payer les dettes exigibles ;
- ET
2. le crédit du commerçant est ébranlé, c'est-à-dire que le commerçant est dans l'impossibilité de se procurer de nouvelles liquidités auprès de tiers (son banquier par exemple) ou auprès de ses actionnaires pour résoudre ladite cessation de paiements.

Lorsqu'une entreprise se trouve dans ce cas de figure, la personne en charge de la gestion (gérant, administrateurs etc.) devra se poser rapidement la question d'un éventuel aveu de faillite.

En effet, il en va tout d'abord de sa responsabilité légale (voyez point 13, page 20). D'autre part, dans ces circonstances, le risque de voir un créancier réclamer par voie de justice, sans l'avis du commerçant en difficulté, la mise en faillite de l'entreprise augmente considérablement.

Cette définition de la faillite recouvre en pratique un éventail de situations différentes.



Prenons l'exemple de deux entreprises en incapacité de payer les factures échues de leur principal fournisseur :

1. La première entreprise, ayant vu ses marges et ses résultats se réduire progressivement, a utilisé son crédit fournisseur jusqu'à son maximum, a reporté ses charges fiscales avec parfois comme conséquence la réception de premières amendes, a peut-être augmenté les acomptes clients demandés sur commandes, et a tiré sur ses lignes de crédit bancaires jusqu'à leur plafond. Sans apport personnel de liquidités par le commerçant, cette entreprise est très probablement en situation non seulement virtuelle, mais réelle de faillite.

Dans cette situation, la faillite est souvent inéluctable, même en injectant des fonds supplémentaires dans l'entreprise. **Le danger est en effet ici de reporter trop longtemps la décision de procéder à un aveu de faillite**, en usant de la patience de ses fournisseurs, banquiers et clients, et aussi en ignorant la réalité de la trésorerie de l'entreprise (nous parlerons plus loin de la nécessité de piloter son entreprise avec un tableau de trésorerie mis à jour régulièrement).

Il est recommandé alors de déposer son bilan sans tarder, et au plus tard dans le délai légal d'un mois à compter de la cessation des paiements, **pour éviter d'aggraver une situation déjà fortement dégradée**, et probablement rendue intenable depuis le début de la crise liée à l'épidémie du Covid-19.

Il en va également de la responsabilité du commerçant, qui, s'il devait augmenter les dettes de l'entreprise en pleine connaissance de sa situation et en ayant reporté sa déclaration de faillite, pourrait se voir reprocher légalement des manquements de gestion.

2. La seconde entreprise, qui se trouve également dans l'incapacité à ce jour de payer les factures échues de son fournisseur principal, est une entreprise qui a toujours eu des marges confortables, un résultat positif, et un carnet de commandes rempli avant la crise actuelle, liée à l'épidémie du Covid-19. En raison de cette crise, ses commandes sont décalées dans le temps. L'entreprise paie par habitude ses fournisseurs au comptant et demande un acompte réduit à ses clients, qui paient principalement à réception de leur commande. Entre un chiffre d'affaires en baisse, des clients qui paieront plus tard, des fournisseurs qui sont payés en amont et des charges fixes qui courent, le commerçant, dans ce second exemple, se trouve finalement - **en raison des reports de ses commandes liés à la crise - également dans une situation d'incapacité de payer.**

La différence avec la première entreprise est que ce commerçant, même en situation théorique virtuelle de faillite (et potentiellement réelle si son fournisseur passe par la voie judiciaire), **pourrait tenter de l'éviter et ainsi poursuivre ses affaires.**

Beaucoup d'entreprises font faillite par **manque soudain de liquidités, bien que temporaire**, mais souvent mal anticipé et qui s'avère dès lors fatal. Pour éviter autant que possible ce cas de figure, il est essentiel d'appliquer le trio suivant de bonnes pratiques :

anticiper

gérer sans délai

communiquer

2. Quels sont les moyens dont je dispose pour prévenir la faillite (sans recours à la justice) ?

Comme mentionné ci-dessus, trois bonnes pratiques sont essentielles pour limiter le risque de faillite par manque soudain et temporaire de liquidités.

a. Anticiper

Sur le long terme, les moyennes statistiques révèlent que **certains critères sont anticipatifs d'une entreprise qui se dirige vers la faillite** :

- des marges passant sous le seuil des 6%, des fonds propres inférieurs à 20% du total de son bilan
- et des charges financières dépassant 35% de son EBIT (sa marge nette avant impôts et taxes).

Ces indicateurs doivent inciter le commerçant à réexaminer son activité, son organisation et son marché. Ce domaine relève principalement de la stratégie d'entreprise, mais ce sont néanmoins des indicateurs prédictifs à surveiller.

Sur le court et moyen terme, il est indispensable pour chaque commerçant de mettre en place et de suivre un **tableau de trésorerie**.

Un tableau de trésorerie est un tableau permettant de visualiser, à chaque instant, les encaissements et décaissements réalisés et anticipés, et ainsi le solde de liquidités dont le commerçant dispose ou dont il pense disposer dans le futur. Il y est indiqué chaque paiement réalisé et anticipé - sur plusieurs mois lorsque c'est possible - avec une vue (idéalement hebdomadaire, mais au moins mensuelle) des flux de trésorerie.

Si par exemple le loyer de l'entreprise est connu et qu'un client annonce un report de commande alors que le commerçant a déjà acheté les matières ou qu'un fournisseur annonce un retard de livraison, le tableau est à adapter en conséquence. Avec le temps et l'habitude, ce travail de mise à jour du tableau de trésorerie qui semble fastidieux au début, ne l'est plus du tout.

Des tableaux standards de suivi de trésorerie sont disponibles sur internet ou souvent auprès de vos prestataires comptables et financiers habituels.

Cet outil, qui peut être dupliqué sur plusieurs feuilles distinctes de tableur pour créer différents scénarios, permet **d'anticiper les périodes prévisibles de manque de liquidités** et ainsi d'appliquer la seconde bonne pratique : gérer sans délai.

b. Gérer sans délai



L'intérêt de l'information donnée par le tableau de trésorerie est donc de pouvoir anticiper les moments où l'entreprise risque d'être confrontée à un manque de liquidités pour faire face à ses engagements. Ainsi, le tableau permet au commerçant de **prévoir en temps utile des moyens d'éviter ces ruptures de liquidités**. Lors d'une crise comme celle que nous connaissons actuellement, le commerçant peut ainsi disposer de plus de poids dans les négociations avec son banquier, en démontrant que les prévisions sont positives dès la reprise des activités. Pour cela, il est recommandé d'avoir un tableau de trésorerie dynamique et à jour, afin d'être en mesure de le transmettre sans délai à qui de droit en vue d'un financement.

Gérer sans délai signifie **agir aussitôt qu'un potentiel problème de liquidité à venir est identifié**, et ne pas attendre sa survenance en supposant d'hypothétiques commandes ou en supposant la flexibilité de son banquier ou de ses fournisseurs.

Afin de prévenir la faillite pour cause de manque soudain et temporaire de liquidités, plusieurs solutions (extra-judiciaires) peuvent être envisagées:

- Sur le long terme, mettre une partie de son bénéfice en **réserve** est une bonne pratique. Ainsi, l'entreprise aura un coussin de liquidités lui permettant de résister à certaines turbulences.
- **Les fournisseurs**

Il est également parfois possible d'obtenir des conditions de paiement auprès de ses fournisseurs. Si beaucoup exigent des paiements au comptant, voire à la commande, d'autres (avec lesquels le commerçant a peut-être des relations établies et de confiance) peuvent octroyer **des facilités de paiement** de base sur quelques milliers d'euros, voire, au travers souvent de leurs agents de couverture crédit, des montants bien supérieurs et des délais de paiements plus longs.

- **Les clients**

Une entreprise peut également parfois octroyer des conditions de paiement à ses clients, pour les métiers qui ne sont pas payés au grand comptant pour leurs services. Le commerçant ne doit cependant pas hésiter à **demander à ses clients d'accélérer leurs paiements en cas de début de crise**. Par expérience, tous ne répondront pas positivement, mais certains seront solidaires et le commerçant peut ainsi éventuellement déjà résorber certains manquements ponctuels de liquidités. Egalement, si le commerçant dispose d'une base de clients solide, il peut envisager le recours au *factoring* (ou affacturage en français).

■ Factoring / affacturage

L'affacturage est une manière pour une entreprise de **recevoir de façon anticipée le paiement de ses clients** grâce à un établissement de crédit spécialisé, qui avancera les paiements, et attendra à son tour le délai de paiement pour ensuite récupérer l'argent auprès des clients. L'établissement de crédit organisera par ailleurs la récupération des créances en cas de défaut de paiement. Longtemps, le recours à l'affacturage était une technique de dernier recours pour des entreprises en difficultés financières ou anticipant celles-ci. Pour ces raisons, il était considéré comme une marque négative pour la réputation d'une entreprise. Aujourd'hui, ce mode de financement de ses créances clients en vue d'alléger sa position de trésorerie est cependant devenu usuel et ne revêt plus de mauvaise image de l'entreprise vis-à-vis de son banquier principal ou de ses fournisseurs et clients.

Cette technique ne fonctionne que si les clients sont des entreprises et si ces entreprises présentent **des comptes annuels considérés comme solides** par le « facteur ». Ces services ont évidemment un coût, mais celui-ci est généralement vite compensé par l'évitement de pénalités ou par la possibilité de bénéficier des escomptes fournisseurs grâce à des liquidités disponibles plus rapidement.

Pour information, la clc propose une telle solution en partenariat avec la société Edebex (membre clc) pour des factures d'un montant supérieur à 5.000 euros (voir conditions sur le site).

■ Le banquier

Affilié ou non au « facteur », le banquier reste un partenaire essentiel de la gestion financière fluide des activités de l'entreprise. **Anticiper est à nouveau essentiel dans la relation avec le banquier et établir un climat de confiance avec lui est indispensable.** Disposer par exemple d'un crédit de caisse utilisable à demande est une manière de prévoir des jours de liquidités difficiles sans modifier les délais de paiement tant des clients que des fournisseurs. Ce crédit servira alors de tampon entre les différents paiements attendus. Si le commerçant en dispose, il doit être intégré avec sa limite au tableau de trésorerie. En cas de crise déjà démarrée, disposer d'une relation déjà établie avec le banquier, ainsi que d'un tableau de la trésorerie passée, présente et future bien tenu, seront des atouts indéniables pour espérer obtenir des crédits-ponts temporaires. Usuellement, le banquier demandera une garantie partielle ou de contribuer également en tant que propriétaire du commerce ou de l'entreprise, ce qui conduit au dernier rempart de l'activité, l'entreprise.

■ L'entreprise

Contribuer personnellement financièrement à son entreprise est non seulement souvent demandé par un banquier en cas d'ouverture ou d'allongement de lignes de crédit, mais il n'est pas rare de voir des actionnaires remettre de l'argent dans la société, soit en espèces, soit en nature par l'apport de biens vendables ou d'actifs variés.

c. Communiquer



Si le commerçant n'a pas anticipé la crise et son manque de liquidités, ou si les conditions de la reprise se font attendre plus longtemps que prévu, la faillite est évidemment toujours un risque existant. A défaut d'autre possibilité, il est important de « communiquer ».

Envoyez tous vos devis non encore établis et toutes vos factures non encore éditées au plus vite. Il est aussi recommandé au commerçant d'**appeler ses fournisseurs principaux** pour négocier des délais de paiements, ou un rabais exceptionnel. Dans le contexte Covid-19, ces derniers ont tout intérêt à vous faire cette faveur si leur propre trésorerie le permet. Il conviendra de songer à mettre à jour précisément le tableau de trésorerie.

Il faut aussi communiquer avec le banquier de l'entreprise, le préparer à éventuellement devoir intervenir par un crédit-pont, et montrer ainsi une capacité d'anticipation.

Il faut enfin négocier pour chaque poste fixe de charges (p.ex. le loyer) une réduction exceptionnelle pour « crise Covid-19 » ou un report dans le temps de certaines échéances et mettre à jour le tableau de trésorerie afin de visualiser si ces mesures permettent d'éloigner le spectre de la faillite.

Si, malgré ces mesures, la faillite semble inéluctable, il est conseillé d'essayer autant que possible de régler ses dettes envers une quelconque administration publique, alors que le non-paiement de telles dettes risque par la suite d'avoir une influence sur le droit d'exercer une position de gestion autorisée au Luxembourg (voir page 11 ci-après).

Au-delà de ces pratiques et outils de gestion de base, il existe également des moyens légaux dans le but d'obtenir un sursis pour redresser son affaire.

3. Quels sont les moyens légaux dont je dispose pour prévenir la faillite ?

Le commerçant qui est confronté à des difficultés de paiement / difficultés financières peut envisager de recourir à des procédures amiables de règlement, que sont :

- le sursis de paiement ;
- le concordat préventif de faillite ;
- la gestion contrôlée.

Cependant, lorsque les conditions de la faillite sont d'ores et déjà réunies (voyez point 1, page 3, §1 ; l'état de cessation des paiements et l'ébranlement du crédit), la loi impose au commerçant de procéder à l'aveu de faillite.

Une procédure amiable de règlement ne peut être envisagée qu'en cas de difficultés financières momentanées, à un stade où la faillite n'apparaît pas inéluctable.

L'avantage majeur d'une procédure amiable de règlement, lorsque celle-ci aboutit, est notamment de préserver la société de la faillite. En outre, le commerçant en difficulté peut lui-même déclencher une telle procédure amiable de règlement et il peut y mettre fin à tout moment, une fois la procédure engagée.

Cependant toutes ces procédures amiables de règlement nécessitent un accord des créanciers ou du moins de certains d'entre eux. Elles comportent aussi des restrictions aux droits du débiteur de disposer de ses biens et font l'objet, à un stade plus ou moins avancé, d'une publicité dans la presse ou le Mémorial.

Il est important de noter que, ces dernières années, ces procédures, n'ont été utilisées que rarement. Cependant, le fait que ces procédures semblent être tombées en désuétude ne devra pas décourager les commerçants en difficultés, car ces procédures existent bel et bien et peuvent toujours être utilisées pour prévenir la faillite.

Les chances de succès de ces procédures dépendent finalement de la situation financière dans laquelle se trouve le commerçant ou la société commerciale, ainsi que de son organisation interne.

a. Le sursis de paiement



Le sursis de paiement, s'il est accordé, permet au commerçant d'arrêter de manière temporaire le paiement de ses créanciers, afin de faire face à ses difficultés financières momentanées.

→ Quelles sont les conditions pour en bénéficier ?

L'octroi d'un sursis de paiement est subordonné à l'existence d'« événements extraordinaires et imprévus » et est réservé au commerçant dont le bilan dûment vérifié fait état de biens ou moyens suffisants pour satisfaire tous ses créanciers ou dont la situation renferme des éléments sérieux de rétablissement de l'équilibre entre l'actif et le passif.

→ Comment le demander ?

Le débiteur doit adresser sa demande par requête simultanément au tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale dans l'arrondissement duquel il est domicilié ET à la Cour supérieure de justice (car la Cour va statuer sur l'attribution du sursis après avis du tribunal). Le débiteur doit joindre à sa demande :

- l'exposé des événements sur lesquels il fonde sa demande;
- l'état détaillé et estimatif de son actif et de son passif;
- la liste nominative de ses créanciers, avec l'indication de leur domicile et du montant de leurs créances.

La requête adressée à la Cour supérieure de justice doit être signée par un avocat. Il convient donc de contacter un avocat, qui pourra donc également assister le commerçant dans la rédaction de la requête.

Le tribunal nommera un ou plusieurs experts pour procéder à la vérification de l'état des affaires du débiteur et un juge-commissaire pour en surveiller les opérations. Les créanciers seront convoqués par le juge-commissaire. Le tribunal peut, soit immédiatement, soit dans le cours de l'instruction, accorder au débiteur un sursis de paiement provisoire.

Le sursis de paiement définitif ne peut toutefois être accordé par la Cour supérieure de justice, qui en fixe également la durée, que si la majorité des créanciers représentant, par leurs créances, les trois quarts (3/4) de toutes les sommes dues, ont adhéré à la demande.

Cette procédure n'est pas sans coût. En effet, les experts chargés de la vérification de l'état des affaires du débiteur devront être payés par la suite par le débiteur lui-même. Les coûts effectifs dépendent de plusieurs facteurs, dont notamment le nombre d'experts nommés et la taille du commerce.

→ Quels en sont les effets?

Le sursis de paiement, s'il est accordé, permet au débiteur d'arrêter de payer de ses créanciers pendant la durée du sursis fixée par la Cour.

Le sursis ne s'applique toutefois qu'aux engagements contractés avant son obtention et il est sans effet sur certaines créances, notamment sur les impôts et autres charges publiques, les créances garanties par des privilèges, hypothèques ou nantissements, les créances dues à titre d'aliments, les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille, pendant les six mois qui ont précédé le sursis.

Les créanciers hypothécaires ou privilégiés ne peuvent, pendant la durée du sursis, faire procéder à la saisie ou à la vente des immeubles et de leurs accessoires nécessaires à l'exercice de la profession ou de l'industrie du débiteur, pourvu que les intérêts courants des créances garanties soient payés.

Pendant la durée du sursis, le paiement des créances existant au moment de la demande ne peut être fait qu'à tous les créanciers proportionnellement à leurs créances.

Par ailleurs, le débiteur ne pourra pas aliéner, engager ou hypothéquer ses biens, meubles ou immeubles, plaider, transiger, emprunter, recevoir aucune somme, faire aucun paiement, ni se livrer à aucun acte d'administration sans l'autorisation des commissaires chargés de surveiller et de contrôler les opérations du débiteur pendant toute la durée du sursis.

Le sursis peut être prolongé à la demande du débiteur.

b. Le concordat préventif de faillite



Le concordat préventif de faillite est une autre procédure amiable de règlement qui permet au débiteur de trouver un accord (concordat) avec ses créanciers, afin d'éviter la déclaration de faillite, sous réserve que cet accord reçoive l'homologation du tribunal d'arrondissement et que la faillite n'apparaisse pas déjà inéluctable.

→ Quand puis-je bénéficier d'un concordat préventif de faillite ?

La voie du concordat préventif de faillite n'est offerte qu'au commerçant « malheureux et de bonne foi », c'est-à-dire au débiteur qui exerce son commerce honnêtement et n'est pas exclusivement responsable de ses difficultés financières.

Le concordat ne peut être homologué que si la majorité des créanciers, représentant les trois quarts des créances admises définitivement ou par provision, ont adhéré à la demande.

Le concordat peut être refusé par le tribunal s'il apparaît contraire à l'intérêt public ou à l'intérêt des créanciers.

Le concordat peut également être réalisé par un abandon d'actif. Dans ce cas, un ou plusieurs liquidateurs désignés par le débiteur et les créanciers sera/seront chargé(s) de réaliser l'actif du débiteur sous la surveillance d'un juge délégué par le tribunal.

→ Comment le demander ?

Le débiteur demande à bénéficier du concordat par une demande déposée au tribunal d'arrondissement de son domicile (ou du siège social de la société si l'activité est exercée sous forme sociale) et à laquelle doivent être joints :

- un état détaillé et estimatif de son actif ;
- une liste nominative de ses créanciers, reconnus ou prétendus, avec l'indication de leur domicile et du montant de leurs créances ;
- les propositions d'accord.

La demande, dénommée requête, peut être rédigée soit par le débiteur lui-même, soit par un avocat. La requête doit être datée et signée par le débiteur ou, le cas échéant, par son avocat. Le dépôt de la requête au greffe du tribunal peut donc se faire soit par le débiteur en personne soit par son avocat.

Le débiteur doit également déposer la somme présumée nécessaire pour couvrir les frais de la procédure en obtention du concordat. Il est très difficile de prédire le montant exact de ces frais car ils dépendent de plusieurs facteurs (dont principalement de la taille de l'entreprise et du nombre de créanciers).

Les créanciers seront convoqués par le tribunal afin de déclarer leurs créances et de dire s'ils adhèrent au concordat. Les créanciers hypothécaires ou privilégiés ou nantis de gages n'ont de voix délibérative que s'ils renoncent à leurs hypothèques, privilèges ou gages.

→ Quels en sont les effets ?

Une fois homologué par le tribunal, le concordat est obligatoire pour tous les créanciers. L'appel interjeté par des créanciers qui n'auraient pas adhéré au concordat n'est pas suspensif de l'exécution du concordat.

Le débiteur bénéficie d'un sursis aux actes d'exécution de la part des créanciers. En d'autres termes, les créanciers ne peuvent plus le forcer à payer leurs factures ou saisir ses biens.

Comme le sursis de paiement, le concordat ne s'applique toutefois qu'aux engagements contractés antérieurement à son obtention et il est sans effet sur certaines créances, notamment sur les impôts et autres charges publiques, les créances garanties par des privilèges, hypothèques ou nantissements, les créances dues à titre d'aliments.

Le concordat est réexaminé tous les trois mois. En cas de retour à meilleure fortune, le débiteur doit payer intégralement ses créanciers.

c. La gestion contrôlée



La gestion contrôlée permet de confier temporairement la gestion de son patrimoine sous le contrôle d'un ou de plusieurs commissaires désignés par le tribunal d'arrondissement afin de réorganiser ses affaires ou de réaliser son actif dans les meilleures conditions possibles, à condition que la faillite n'apparaisse pas déjà inéluctable.

→ Quand puis-je bénéficier de la gestion contrôlée ?

La gestion contrôlée est une procédure amiable de règlement ouverte au commerçant :

- dont le crédit est ébranlé ou qui ne peut plus satisfaire/exécuter l'intégralité de ses engagements ;
- de bonne foi ;
- à condition d'établir qu'il existe une véritable possibilité de redressement ou de sauvegarde.

→ Comment la demander ?

La demande de gestion contrôlée est introduite par requête motivée du commerçant, déposée au tribunal d'arrondissement de son principal établissement (ou du siège social de la société si l'activité est exercée sous forme sociale). Elle doit exposer

- les raisons de la demande ;
- l'état actuel de sa situation financière ;
- des propositions suffisamment concrètes et réalistes qui laissent penser qu'un redressement ou une sauvegarde est possible.

La demande, dénommée requête, peut être rédigée soit par le débiteur lui-même, soit par un avocat. La requête doit être datée et signée par le débiteur ou, le cas échéant, par son avocat. Le dépôt de la requête au greffe du tribunal peut donc se faire soit par le débiteur en personne soit par son avocat.

Les documents justificatifs, notamment la liste des créanciers, doivent être joints à la requête.

Si le tribunal ne rejette pas immédiatement la demande avant de déléguer un juge pour faire rapport sur la situation du commerçant, il demande la consignation d'une certaine somme pour assurer le paiement des experts et commissaires à nommer.

Il est très difficile de prédire le montant exact de ces frais car ils dépendent de plusieurs facteurs (dont principalement de la taille de l'entreprise et du nombre des experts et commissaires nommés).

→ Quels en sont les effets ?

A partir du jugement par lequel le tribunal délègue un juge pour faire rapport, le débiteur bénéficie d'un sursis à tous actes ultérieurs d'exécution, y compris des créanciers hypothécaires, privilégiés ou gagistes.

Par ailleurs, le débiteur ne peut plus disposer de ses biens sans l'autorisation écrite préalable du juge délégué, sous peine de nullité de l'acte.

Une fois rendu le rapport du juge délégué et une fois le débiteur placé sous gestion contrôlée par le tribunal, la gestion du patrimoine du commerçant est placée sous le contrôle d'un ou plusieurs commissaires. Le commerçant n'est alors pas dessaisi de la gestion de ses biens, mais ses actes sont placés sous le contrôle d'un ou plusieurs commissaires. En particulier, aucun acte d'aliénation ou d'administration ne peut être posé sans l'autorisation du ou des commissaires, à peine de nullité.

Le ou les commissaires dresseront un inventaire des biens dépendant de la gestion contrôlée, ainsi qu'un état de la situation active et passive du commerçant et éventuellement les bilans si la gestion contrôlée a été accordée pour une société.

Le ou les commissaires dresseront, en fonction de la situation du commerce, soit un projet de réorganisation du commerce, soit un projet de réalisation et de répartition de l'actif qui doit respecter le rang des privilèges et hypothèques.

Ce projet est communiqué aux créanciers, codébiteurs solidaires et cautions et est soumis à l'approbation du tribunal. Pour pouvoir être approuvé par le juge, il est nécessaire que plus de la moitié des créanciers représentant, par leurs créances non contestées par les commissaires, plus de la moitié du passif aient adhéré au projet.

Le tribunal n'est en revanche pas contraint d'approuver le projet, même si la majorité des créanciers ont adhéré au projet, s'il considère que la gestion contrôlée ne permettra pas de parvenir au redressement ou à l'assainissement du commerce concerné. S'il est approuvé, le projet est obligatoire pour le commerçant, ses créanciers, codébiteurs solidaires et cautions.

d. Puis-je céder mes biens pour éviter la faillite ?



La cession de biens volontaire peut permettre au commerçant d'augmenter ses liquidités. Elle est en principe admise par le Code civil (art. 1267) entre un débiteur et ses créanciers.

La cession doit toutefois être opérée à un prix normal afin de ne pas léser les créanciers.

En outre, si le commerçant n'a pas obtenu l'accord de tous ses créanciers, la cession n'est pas opposable à ceux qui n'y ont pas été partie. A la différence de la procédure de concordat préventif de faillite judiciaire, dans laquelle une majorité de créanciers peut obliger la minorité à accepter les propositions concordataires, les créanciers qui ne sont pas parties à un accord amiable ne sont pas liés par celui-ci et la faillite pourrait donc être prononcée à la demande de l'un d'eux, si les conditions de la faillite de cessation des paiements et d'ébranlement du crédit sont par ailleurs remplies.

e. Puis-je céder mes dettes pour éviter la faillite ?



Le débiteur peut essayer de transférer/céder à un tiers, une autre personne ou société, ses dettes vis-à-vis de ses créanciers. Cependant, cette possibilité n'existe que si son/ses créancier(s) est/sont d'accord avec une telle cession.

Cette possibilité pourrait par exemple exister dans un groupe de sociétés.

II. PROCÉDURE

La faillite peut être déclarée par le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale soit sur l'aveu du commerçant, soit sur assignation d'un créancier, soit d'office par le tribunal.

4. Quand dois-je faire aveu de faillite ?

Tout commerçant ou toute société commerciale qui cesse ses paiements doit **dans le mois** en faire l'aveu au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale de son domicile ou de son siège social (art. 440 Code de commerce). Il s'expose sinon au risque de sanction pénale du chef de banqueroute simple.



Toutefois, suivant l'article 2 du Règlement grand-ducal du 1er avril 2020 portant modification du règlement grand-ducal du 25 mars 2020 portant suspension des délais en matière juridictionnelle et adaptation temporaire de certaines autres modalités procédurales, **ce délai d'un mois est actuellement suspendu pendant toute la durée de l'état de crise prononcé dans le contexte de l'épidémie du Covid-19.**

Il n'est cependant pas recommandé de retarder l'aveu de faillite lorsque celle-ci paraît en tout état de cause inéluctable, ce afin de ne pas risquer davantage de préjudicier aux droits des créanciers et d'engager sa responsabilité de dirigeant social.

La faillite ne sera prononcée par le tribunal que si les deux conditions de la faillite sont remplies. Le commerçant doit d'une part se trouver en état de cessation des paiements (c'est-à-dire le commerçant ne dispose plus de liquidités suffisantes pour payer une ou plusieurs dette(s) exigible(s)) et, d'autre part, son crédit doit être ébranlé (c'est-à-dire le commerçant ne peut plus bénéficier de crédits, y inclus d'un délai de paiement ce qui équivaut à un crédit). Ces deux conditions sont cumulatives.

5. Comment procéder à l'aveu de faillite ?

Pour procéder à l'aveu de faillite, le commerçant doit rédiger une déclaration de cessation des paiements. Il s'agit de remplir un formulaire préétabli, disponible sur le site internet [www.justice.public.lu](https://justice.public.lu/fr/societes-commerce/faillite/aveu-faillite.html) (<https://justice.public.lu/fr/societes-commerce/faillite/aveu-faillite.html>).

Dans cette déclaration, le commerçant :

- indique son nom - s'il s'agit d'une faillite en nom personnel) - ou les noms et domiciles de chacun des associés indéfiniment tenus des engagements de la société dans le cas d'une société en nom collectif, d'une société en commandite ou d'une société coopérative dans laquelle l'étendue de la responsabilité des associés est illimitée, et les noms des administrateurs ou gérants (dans tous les cas) si la déclaration de cessation des paiements est faite pour une société ;

- explique en détail sa situation financière ;
- avoue explicitement la cessation des paiements.

Doivent être joints à ce document :

- un extrait récent d'inscription au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg ;
- une copie d'une pièce d'identité du représentant légal ou du commerçant déclarant ;
- les documents en relation avec les dettes du commerçant ou du moins avec la dette ayant entraîné l'état de cessation de paiements (contrats, factures, mises en demeure etc.) ;
- le dernier extrait de l'Administration des Contributions Directes ;
- le dernier extrait de l'Administration de l'Enregistrement, des Domaines et de la TVA ;
- le dernier extrait du Centre commun de la sécurité sociale (le cas échéant) ;
- une liste des employés de la société, contenant les noms et adresses des salariés (le cas échéant) ;
- un extrait de compte récent (moins d'un mois) ;
- statuts coordonnés (le cas échéant).

Le bilan joint à l'aveu de faillite doit également contenir l'énumération et l'évaluation de tous les biens mobiliers et immobiliers, l'état des dettes, le tableau des profits et des pertes, le tableau des dépenses. Ce bilan doit être certifié véritable, daté et signé par le commerçant. A cette fin, le commerçant devra déposer les comptes annuels du dernier exercice.

Lorsque l'aveu de faillite est à l'initiative d'une société, la décision des représentants/dirigeants légaux (selon la loi et les statuts) décidant de l'aveu de la faillite (procès-verbal du conseil d'administration pour les S.A. ou une déclaration signée par le ou les gérants pour les S.à r.l.) doit également être jointe à la déclaration d'aveu.

Le dossier (déclaration d'aveu de faillite et pièces justificatives) est à déposer en double exemplaire au greffe du tribunal. Il est impératif de prendre rendez-vous auprès du greffe du tribunal d'arrondissement compétent pour déposer le dossier contenant l'aveu de faillite. Le dépôt du dossier peut se faire par le commerçant en personne ou, le cas échéant, par son avocat.

6. Que dois-je faire si ma société est assignée en faillite ?

La faillite peut également être demandée par un créancier par voie d'assignation devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

Il s'agit d'une procédure orale dans laquelle le débiteur assigné en faillite peut choisir de comparaître en personne ou par le ministère d'un avocat. Le débiteur assigné en faillite peut également se faire assister ou représenter par son conjoint, ses parents ou alliés en ligne directe, ses parents ou alliés en ligne collatérale jusqu'au troisième degré inclus, les personnes exclusivement attachées à leur service personnel ou à leur entreprise. Le représentant, s'il n'est pas avocat, doit justifier d'un pouvoir spécial.

L'audience est fixée à une date très rapprochée, en principe à huitaine.

Un jugement est en principe aussi rendu très rapidement, dans les quinze jours en moyenne. Si le commerçant estime que le jugement de faillite a été prononcé à tort, il dispose en principe d'une voie de recours (appel ou opposition, le cas échéant). Un tel recours ne suspend cependant pas les effets de la faillite.

Il convient donc d'être particulièrement diligent dès la réception de l'exploit d'assignation en faillite signifié par l'huissier.



Suivant l'article 8 du Règlement grand-ducal du 18 mars 2020 portant introduction d'une série de mesures dans le cadre de la lutte contre le Covid-19, pendant toute la durée de l'état de crise, la signification d'un acte d'huissier de justice se fera via dépôt par l'huissier de justice à l'adresse en question d'une copie de l'acte sous enveloppe fermée. La signification sera réputée faite le jour de ce dépôt. Le même jour ou au plus tard le premier jour ouvrable suivant, l'huissier enverra par lettre simple une copie de l'acte à l'adresse indiquée dans l'acte. Il est donc important pour le commerçant de vérifier régulièrement le contenu de sa boîte aux lettres et de surveiller sa correspondance, même si son commerce se trouve actuellement fermé.

7. Comment la faillite est-elle mise en œuvre ?

A compter du jugement déclaratif de faillite, le commerçant ou la société commerciale en état de faillite est dessaisi(e) de plein droit de l'administration de tous ses biens.

Tous paiements, opérations et actes faits par le failli et tous paiements faits au failli depuis ce jugement sont nuls de droit.

Le tribunal nomme un juge-commissaire et un curateur dans le jugement déclaratif de faillite.

Le juge-commissaire est chargé de la surveillance de la gestion et de la liquidation de la faillite. Il surveille et peut accélérer les opérations de faillite. Il répond aussi aux réclamations du failli et des créanciers à l'encontre du curateur.

Le curateur représente tant la personne faillie que la masse des créanciers de celle-ci. En cette double qualité, il est chargé d'administrer les biens de la faillite et est autorisé à engager ou poursuivre, comme demandeur ou comme défendeur, toutes les actions qui ont pour but la conservation de l'actif qui doit servir de gage aux créanciers.

Le curateur se charge de la publication et de la signification du jugement déclaratif de faillite et informe toutes les personnes qui ont besoin d'être informées de la faillite, telles les banques auprès desquelles le failli a pu ouvrir des comptes bancaires.

Le curateur dresse un inventaire des biens du failli dans les trois jours du jugement déclaratif de faillite. Afin de dresser cet inventaire, le curateur se rend au domicile ou au siège social du failli.

Le curateur informe le failli de ses droits et obligations en relation avec la faillite. Souvent, le curateur demande au failli de prêter serment qu'il n'a détourné aucun actif de la masse.

Le curateur peut prendre tous les actes de conservation nécessaires.

Il peut également continuer les opérations commerciales du failli et peut, à condition d'avoir obtenu l'autorisation requise, vendre des actifs mobiliers comme par exemple des objets périssables (ex : fruits, lait) ou des biens immobiliers du failli.

Le curateur procède à la vérification des déclarations de créances déposées par les créanciers.

Après paiement des montants réduits aux créanciers, le curateur présente une requête de clôture au tribunal, qui est lue en audience publique et qui est suivie du jugement de clôture. Le curateur est déchargé de sa mission par ce jugement de clôture.

III. EFFETS

Administration / Gérance



8. Que dois-je faire en tant que dirigeant une fois que ma société a été déclarée en faillite? Quels sont les effets de la faillite sur la gestion de mon entreprise?



Le commerçant failli et les gérants de la société commerciale déclarée en état de faillite doivent coopérer en répondant avec exactitude aux demandes de renseignements formulées par le curateur ou le juge-commissaire, ainsi qu'aux convocations qui leur sont adressées par ceux-ci, sous peine de s'exposer au risque de sanction pénale de la banqueroute simple (article 576 du Code de commerce).

A compter du jugement déclaratif de faillite, le failli est en effet dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, l'administration de ces biens revenant au curateur. En conséquence, tous paiements, opérations et actes faits par le failli et tous paiements faits au failli depuis ce jugement sont nuls de droit.

A partir du même jugement, toute action mobilière ou immobilière, toute voie d'exécution sur les meubles ou immeubles ne peut être suivie, intentée ou exercée que contre le curateur.

Cependant, le failli peut exercer lui-même les voies de recours contre le jugement déclaratif de faillite.

Le failli peut aussi intervenir à un stade ultérieur à la déclaration de faillite, notamment lors de la vérification des créances à laquelle il est également convoqué.

Contrats



9. Quels sont les effets de la faillite sur les contrats déjà conclus avec mes clients?

En principe, la faillite ne met pas fin de plein droit aux contrats que le failli a valablement conclus avant la déclaration de la faillite, à moins qu'ils ne contiennent une clause résolutoire visant le cas de la faillite.

Le curateur pourrait donc exiger de l'autre partie l'exécution du contrat. Toutefois, en pratique, le curateur ne le fera que si l'exécution paraît favorable à la masse des créanciers, ce d'autant que les créances résultant de la continuation de l'exécution du contrat seront des créances de la masse. En outre, dans certains cas, l'exécution du contrat à la demande du curateur nécessitera l'autorisation préalable du juge-commissaire.

En ce qui concerne le contrat de bail, la faillite du locataire ne met pas fin au contrat de bail.

Le curateur pourra ainsi choisir soit de résilier le contrat de bail et de quitter les lieux loués au plus vite, après avoir négocié la résiliation avec le bailleur au mieux des intérêts de la masse afin de ne pas augmenter les dettes de la masse, soit de poursuivre l'exécution du bail ou de conclure un nouveau bail à durée déterminée si les circonstances particulières de la faillite l'exigent.

Par exception, certains contrats prennent fin avec la faillite. Il s'agit :

- des contrats qui ont été conclus *intuitu personae*, c'est-à-dire ceux pour lesquels la considération de la personne du failli a été déterminante (il pourrait par exemple s'agir d'un commerçant très spécialisé, qui rend des services ou livre des biens que l'on trouve difficilement chez un autre commerçant);
- des contrats de travail, qui sont résiliés avec effet immédiat en cas de déclaration en état de faillite de l'employeur (article L. 125-1 du Code du Travail).

Créanciers



10. Quels sont les effets de la faillite pour mes créanciers?

Le jugement déclaratif de faillite rend immédiatement exigibles les dettes à terme du failli. Cette déchéance du terme se produit pour toutes les dettes, quelle que soit leur nature.

Le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège, par un nantissement ou par une hypothèque est arrêté à l'égard de la masse à partir de ce même jugement.

Par ailleurs, les créanciers ne peuvent en principe plus agir individuellement en justice contre le failli, le curateur représentant désormais également la masse des créanciers. Par exception, certains créanciers (créanciers gagistes, hypothécaires, bailleurs) peuvent encore agir.

Le jugement déclaratif de faillite arrête toute saisie introduite par les créanciers chirographaires et non privilégiés sur les meubles et immeubles du failli. Si le bailleur a pratiqué une saisie-gagerie sur les meubles meublant le siège social avant la mise en faillite, il peut poursuivre son action, procéder à la vente de ces meubles et se payer sur le prix de la vente.

Les créanciers doivent déclarer leur créance auprès du greffe du Tribunal d'arrondissement qui a prononcé la faillite selon les modalités fixées dans le jugement déclaratif de faillite.

Débiteurs

11. Quels sont les effets de la faillite pour mes débiteurs?

A compter du jugement déclaratif de faillite, tous paiements faits au failli depuis ce jugement sont nuls de droit. Les débiteurs doivent effectuer leurs paiements entre les mains du curateur qui aura ouvert un compte spécifique pour la faillite.

A partir de ce même jugement, toute compensation entre des créances et des dettes réciproques du failli et d'un tiers est en principe interdite. Par exception, il est admis que la compensation reste possible après faillite entre dettes connexes trouvant leur cause dans un même contrat.

Salariés

12. Quels sont les effets de la faillite pour mes employés/salariés?

Le contrat de travail des employés/salariés prend fin immédiatement avec la faillite. Le curateur leur adresse en principe un courrier les informant de la faillite et de la résiliation de plein droit de leur contrat de travail.

Chaque salarié dont le contrat de travail aura été résilié dans ce contexte aura droit :

1. au salaire et traitements qui se rapportent au mois de survenance de la faillite et au mois suivant ;
2. ainsi qu'à une indemnité égale à 50% des mensualités se rapportant au délai de préavis auquel le salarié aurait pu prétendre en cas de licenciement avec préavis.

Cette somme est plafonnée :

- si la faillite de son employeur a été prononcée avant le 15^{ième} du mois, et
- si le salarié en question a une ancienneté de moins de 5 ans.

Dans ce cas, la somme à laquelle le salarié a droit ne peut excéder le montant des rémunérations et indemnités auquel il aurait pu prétendre en cas de licenciement avec préavis.

Les salariés sont considérés comme des créanciers super-privilégiés de l'employeur failli et sont par conséquent payés avant toutes les autres créances existantes vis-à-vis de l'employeur.

IV. RESPONSABILITÉ(S)

13. Quels sont les risques que j'encours en tant que dirigeant en cas de faillite ?

a. Sur le plan de ma responsabilité civile



Les dirigeants d'une entreprise en faillite peuvent être principalement tenus responsables (i) en vertu du régime général de responsabilité civile applicable aux dirigeants et (ii) en vertu des dispositions spécifiques de responsabilité civile applicables en cas de faillite.

(i) **Responsabilité en vertu du régime général de responsabilité civile applicable aux dirigeants**

- **Responsabilité pour faute de gestion :**



L'article 441-9 §1 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée (la « **Loi sur les Sociétés Commerciales** »), prévoit la responsabilité d'un dirigeant vis-à-vis de la société pour les fautes de gestion, c'est-à-dire pour les fautes commises à l'occasion de l'exécution du mandat qui lui a été confié par la société.

Même après avoir été déclarée en faillite, la société, représentée par son curateur, peut demander réparation de son dommage en cas de violation de l'article 441-9 §1.

Le critère retenu par les tribunaux pour qualifier un acte ou une omission de faute de gestion est de savoir si un tel acte ou une telle omission aurait été commis(e) par un dirigeant agissant en « bon père de famille » dans des circonstances de fait identiques ou similaires. Cette définition factuelle accorde aux tribunaux une grande souplesse et liberté pour juger sur le fond de chaque affaire, sans fournir de ligne directrice générale plus spécifique, si ce n'est que la décision ne doit pas être déraisonnable. Le terme "faute de gestion" désigne non seulement des actes illicites, mais également des omissions, telles que l'omission de prendre les mesures nécessaires pour limiter les conséquences de l'inexécution d'un contrat, ou l'omission de déposer une réclamation contre les débiteurs de la société.

La responsabilité pour faute de gestion est une responsabilité individuelle. Par conséquent, un dirigeant n'est pas responsable d'une faute commise par un autre dirigeant.

- **Responsabilité pour violation de la Loi sur les Sociétés Commerciales ou des statuts de la société**



L'article 441-9 §2 de la Loi sur les Sociétés Commerciales prévoit la responsabilité d'un dirigeant à l'égard de la société et de tiers en cas de perte subie par la société ou les tiers en raison d'une violation de la Loi sur les Sociétés Commerciales ou des statuts de la société.

Un motif au titre de l'article 441-9 §2 ne se présente que si la faute d'un dirigeant consiste en une violation de la Loi sur les Sociétés Commerciales (par exemple, un défaut de convocation de l'assemblée générale annuelle des actionnaires, la non-publication conforme du bilan de la société ou le non-paiement de dividendes) ou une violation des statuts de la société (par exemple, une violation de l'objet social de la société).

Contrairement à l'article 441-9 §1, la responsabilité prévue à l'article 441-9 §2 est conjointe et solidaire entre tous les membres du conseil d'administration ou du conseil de gérance. De plus, tous les gérants/administrateurs sont présumés responsables.

A partir du jugement déclaratif de faillite, l'action peut être engagée par tant la société que les créanciers, représentés par le curateur à l'encontre les dirigeants.

(ii) Responsabilités civiles spécifiques à la faillite

Le Code de commerce prévoit des responsabilités spécifiques des dirigeants en cas de faillite de la société.

Ces régimes de responsabilité sont applicables indépendamment (i) de la nature rémunérée ou non rémunérée du mandat du dirigeant, (ii) du fait que le dirigeant soit une personne physique ou une société ou (iii) du fait que le dirigeant soit un dirigeant de droit ou de fait.

- **Extension de la faillite aux dirigeants**

Tout dirigeant de la société peut être déclaré personnellement responsable en cas de faillite:

- (i) s'il a agi dans son intérêt personnel sous le couvert de la société;
- (ii) s'il a utilisé les actifs de la société comme s'il s'agissait de ses propres actifs; ou
- (iii) s'il a exercé, dans son intérêt personnel, une activité déficitaire qui ne pouvait que conduire la société à la faillite.

Si le tribunal considère qu'un dirigeant remplit l'une des trois conditions susmentionnées, les responsabilités du dirigeant à l'égard de la faillite comprennent, outre ses responsabilités personnelles, celles de la société.

Dans les deux premières hypothèses ((i) et (ii) ci-avant), les dirigeants peuvent être déclarés personnellement responsables des dettes de la société s'ils se sont indûment appropriés des actifs de la société.

Dans la troisième hypothèse ((iii) ci-avant), l'utilisation abusive de l'entité à des fins personnelles ne pose pas pour condition que les dirigeants se soient approprié des actifs de la société. Il suffit que les actes incriminés soient motivés par des considérations personnelles plutôt que par les intérêts de la société. Les rémunérations perçues pour l'exercice du mandat de dirigeant pourraient dans certains cas constituer une contrepartie personnelle suffisante s'il pouvait être démontré que ces rémunérations étaient la principale motivation des dirigeants à poursuivre une activité à perte sans chance raisonnable de survie.

L'application des sanctions prévues à l'article 495 du Code de commerce n'est pas automatique et dépend d'une appréciation au cas par cas par le juge.

- **Action en comblement de passif**

En cas de faute grave et caractérisée des dirigeants ayant contribué à la faillite, et dans le cas où les actifs de la société ne permettent pas le paiement intégral de tous ses créanciers, les tribunaux peuvent décider que les dirigeants sont tenus responsables, individuellement ou ensemble, de tout ou partie du montant total des dettes en souffrance de la société.



Le texte de l'article 495-1 du Code de commerce prévoit une responsabilité pour faute avérée. La responsabilité du dirigeant n'est engagée que s'il peut être prouvé que la faute présumée du dirigeant a été suffisamment grave (faute grave et caractérisée) pour avoir contribué et provoqué de manière décisive la faillite de la société.

Le non-paiement des charges sociales et des impôts est considéré comme une faute grave et caractérisée au sens de l'article 495-1 du Code de commerce lorsqu'il devient un mode de financement délibérément choisi de la société mais pas nécessairement lorsqu'il est involontaire et est la conséquence d'un développement défavorable des activités de la Société.

Seul le curateur peut engager une telle procédure dans un délai de trois ans à compter de la date de la vérification définitive des créances et le montant de la contribution à verser par chacun des dirigeants est soumis à l'appréciation des tribunaux quant à la gravité de la mauvaise conduite présumée du dirigeant.

- **Interdiction d'exercer en cas de faute grave et caractérisée**

Si les dirigeants de la société, qu'ils soient en fonction au moment du prononcé de la faillite par le tribunal ou non, ont contribué à la faillite de la société par une faute grave et caractérisée, le tribunal peut interdire à ces personnes d'exercer, directement ou par l'intermédiaire d'un intermédiaire, toute activité commerciale, ainsi que la fonction de dirigeant, de commissaire aux comptes, de réviseur d'entreprises agréé ou toute autre fonction leur conférant un pouvoir d'engager la société.

L'interdiction est obligatoirement appliquée à l'encontre du dirigeant reconnu coupable de faillite par négligence ou de faillite frauduleuse.

La demande d'interdiction est introduite par le curateur ou par le ministère public dans un délai de trois ans à compter de la date du jugement déclarant la faillite.

b. Sur le plan de ma responsabilité pénale



(i) **Banqueroute simple**



Le tribunal qui a prononcé la faillite peut condamner le dirigeant pour banqueroute simple conformément à l'article 575 du Code de commerce, pour plusieurs comportements incriminés, par exemple et notamment si le dirigeant a favorisé certains créanciers après la cessation des paiements de la société ou si le dirigeant a soustrait, dissimulé ou caché tout ou partie des biens mobiliers ou immobiliers dans l'intérêt de la société.

Il peut également le faire dans plusieurs autres cas, comme dans la situation où le dirigeant n'a pas procédé à l'aveu de faillite de la société dans le délai prévu par la loi ou n'a pas fourni au curateur les informations demandées par ce dernier.

Les dirigeants encourent une peine d'emprisonnement comprise entre un mois et deux ans.

(ii) **Banqueroute frauduleuse**

Le tribunal peut condamner le dirigeant pour banqueroute frauduleuse dans plusieurs cas, par exemple lorsque le dirigeant a soustrait tout ou partie des livres et registres de la société ou dissimulé ou détourné des actifs de la société.

Les dirigeants réputés avoir commis une banqueroute frauduleuse sont passibles d'une peine d'emprisonnement de cinq à dix ans.

La plainte pénale sera déposée par le curateur si les conditions de telles infractions sont considérées remplies. Le curateur peut également déposer une plainte pénale pour d'autres faits dont il a connaissance et qui constituent des infractions pénales non exclusivement liées à la faillite.

c. Sur le plan fiscal



Une faillite n'a pas en tant que telle d'effet sur le régime ordinaire de la responsabilité fiscale du dirigeant.

La responsabilité fiscale personnelle d'un dirigeant ne peut dès lors être engagée que si trois éléments sont réunis : un dommage, une faute et un lien de causalité entre le dommage et la faute. Si le dommage est aisément identifiable (insuffisance d'impôts), la faute quant à elle est appréciée par rapport au comportement qu'un dirigeant normalement diligent (un « bon père de famille ») aurait eu. A ce titre, tant l'administration fiscale que les juges concluent rapidement à l'existence d'une faute : la légèreté ou la passivité suffisent à caractériser une faute.

L'administration fiscale peut donc engager la responsabilité d'un dirigeant qui ne se serait pas assuré de la satisfaction des obligations déclaratives ou du paiement des impôts, que la société soit en faillite ou non. La cessation des paiements constatée par le jugement d'ouverture de la faillite n'opère pas décharge de la responsabilité.

d. Si j'ai contracté un engagement personnel auprès de mes créanciers



En général, les engagements personnels pris par le dirigeant d'une société luxembourgeoise prennent la forme d'un contrat de cautionnement.

Le contrat de cautionnement est interprété selon la loi qui lui est applicable. Il peut d'agir de la loi luxembourgeoise, mais aussi d'une loi étrangère. La question de la loi applicable devra donc être vérifiée au préalable car il n'est pas rare, en pratique, que le dirigeant d'une société luxembourgeoise signe une « garantie » régie par une loi étrangère.

En droit luxembourgeois, un contrat de cautionnement est un contrat par lequel la caution (le dirigeant) s'engage à payer la dette d'un débiteur (la société dont il est le dirigeant) au créancier de ce dernier (par exemple, une banque ayant octroyé un crédit à la société) en cas de défaut de paiement du débiteur.

Le contrat de cautionnement prévoit les conditions d'exécution du cautionnement. En général, il est prévu que le cautionnement puisse être exécuté par le créancier en cas de défaut de paiement de la société luxembourgeoise.

En cas de faillite de la société luxembourgeoise entraînant un défaut de paiement de sa part, son créancier pourra demander au dirigeant qui s'est porté caution de payer tout ou partie de la dette de la société luxembourgeoise qui est en faillite.

Le cautionnement ne peut excéder le montant qui est dû par le débiteur et il peut être contacté pour garantir une partie de la dette seulement. Le cautionnement qui excède la dette est réductible au montant de la dette principale.

S'il s'agit d'un cautionnement dit simple, le dirigeant peut bénéficier du bénéfice de discussion. Cela signifie que le dirigeant peut demander au créancier de poursuivre d'abord la société luxembourgeoise jusqu'au paiement de la dette. Si la dette n'est pas payée, le créancier aura ensuite le droit de demander à la caution de payer. Le créancier ne peut se retourner contre le dirigeant que si les biens de la société luxembourgeoise ne suffisent pas à rembourser toute la dette.

S'il s'agit d'un cautionnement dit solidaire, cela implique que le dirigeant ait renoncé expressément au bénéfice de discussion dans le contrat de cautionnement. Cela implique que le créancier puisse poursuivre directement le dirigeant pour le paiement de la dette sans devoir s'adresser au préalable à la société luxembourgeoise. Au Luxembourg, le cautionnement dit solidaire est la forme de cautionnement la plus fréquemment rencontrée dans la pratique.

Le dirigeant qui a payé tout ou partie de la dette du débiteur est subrogé à tous les droits que le créancier avait contre la société luxembourgeoise. Ainsi, le dirigeant peut en principe se retourner contre la société luxembourgeoise pour lui demander le remboursement de ce que le dirigeant a payé.

14. Quels sont les effets de la faillite sur mon autorisation d'établissement ?



La Loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales (la « **Loi sur les autorisations** ») prévoit dans son article 28 (6) que l'autorisation d'établissement perd sa validité en cas de jugement déclaratif de faillite.

Par conséquent, dès lors que la faillite est prononcée, la société perd son autorisation d'établissement.

Qu'en est-il du titulaire de l'autorisation et surtout pourra-t-il demander à nouveau une autorisation dans le cadre d'une autre société ?

L'article 3 de la Loi sur les autorisations indique qu'une autorisation d'établissement est délivrée par le ministre si les conditions d'établissement, d'honorabilité (en principe ne pas avoir été condamné pénalement et ne pas avoir été en faillite ou dirigeant d'une société déclarée en faillite) sont remplies. L'honorabilité professionnelle s'apprécie sur base des antécédents du dirigeant et de tous les éléments fournis par l'instruction administrative pour autant qu'ils concernent des faits ne remontant pas à plus de dix ans.

Toutefois, le fait d'avoir été dirigeant d'une société en faillite n'est pas forcément rédhibitoire.

La Loi sur les autorisations prévoit que lorsque le dirigeant a été impliqué dans une faillite ou une liquidation judiciaire, sans que son honorabilité professionnelle s'en trouve toutefois entachée, le ministre pourra, outre le respect des conditions de qualification normalement requises, subordonner l'octroi d'une nouvelle autorisation d'établissement à l'accomplissement d'une formation en matière de gestion d'entreprise dispensée par la chambre professionnelle compétente. Ceci est le cas lorsqu'une faillite, non frauduleuse, a été clôturée sans que la gestion du dirigeant n'ait été considérée comme étant à l'origine de la faillite.

Toutefois, le ministre en charge des autorisations peut refuser celle-ci au dirigeant d'une société dont la faillite est clôturée lorsqu'elle n'a pas payé les dettes fiscales et sociales dues aux administrations concernées. Cette exigence est fondée sur l'article 4 d) de la Loi sur les autorisations qui mentionne que le dirigeant ne doit pas s'être soustrait aux charges sociales et fiscales, soit en son nom propre, soit par l'intermédiaire d'une société qu'il dirige ou a dirigé.



Vos contacts



Laurence Raphael
Responsable des Affaires
Juridiques
clc - Confédération
luxembourgeoise du
commerce
laurence.raaphael@clc.lu



Clara Mara-Marhuenda
Partner Arendt & Medernach
Commercial & Insolvency
Litigation & Dispute Resolution

RIDesk@arendt.com



Philippe Wery
Chief Executive Officer
Arendt Business Advisory

philippe.wery@arendt.com

clc
7 rue Alcide de Gasperi
L-1615 Luxembourg
T +352 43 94 44 1

Arendt - siège
41A avenue JF Kennedy
L-2082 Luxembourg
T +352 40 78 78 1

Contributeurs

Arendt & Medernach

Alain Goebel, Partner
Claire Haag, Advisor
Evelyne Lordong, Senior Associate
Clara Mara-Marhuenda, Partner
Grégory Minne, Partner
Philippe Schmit, Partner
Saniyé Tipirdamaz, Senior Associate
Stéphanie Viot, Senior Associate
Sophie Wagner-Chartier, Partner

Arendt Business Advisory

Philippe Wery, Chief Executive Officer