

Projet de loi

relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite et modifiant:

- (1) le livre III du Code de commerce,**
- (2) l'article 489 du Code pénal,**
- (3) la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de gage et le billet à ordre,**
- (4) la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises,**
- (5) la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance,**
- (6) la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière,**
- (7) la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et**
- (8) la loi générale des impôts (« Abgabenordnung »)**

Avis du Conseil d'État

(1^{er} décembre 2015)

Par dépêche du 1^{er} février 2013, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique dont le texte a été préparé par le ministre de la Justice.

Le projet de loi proprement dit était accompagné d'un exposé des motifs, d'un commentaire des articles, d'une fiche financière ainsi que d'une fiche d'évaluation d'impact.

Par dépêche du 14 mai 2013, l'avis de la Chambre des salariés a été transmis au Conseil d'État. Les avis des autorités judiciaires et du Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg lui ont communiqué par dépêches respectives des 14 août et 6 septembre 2013. Les avis de l'Ordre des experts-comptables et de la Chambre des métiers sont parvenus au Conseil d'État le 18 octobre 2013, tandis que ceux émis par la Chambre de commerce et la Chambre des fonctionnaires et employés publics lui ont été transmis respectivement le 24 décembre 2013 et le 23 octobre 2014.

En réponse aux lettres des 7 janvier 2014 et 24 avril 2015 que le Conseil d'État a adressées au Premier ministre afin de connaître les suites que le nouveau Gouvernement compte réserver au projet de loi sous examen, le Premier ministre a invité le Conseil d'État par dépêche du 24 avril 2015 à rendre son avis concernant ce projet de loi.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen entend introduire en droit luxembourgeois un régime alternatif à ceux respectivement de la faillite et de la liquidation judiciaire de l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Les auteurs du projet de loi partent, à juste titre, du constat que ces procédures axées sur la disparition de l'entreprise n'apportent pas de solution à la problématique des entreprises en difficulté financière. Le nombre élevé de procédures de faillite au Luxembourg, même si nombre d'entre elles concernent des sociétés « coquille », en témoigne. Les auteurs du projet ont entendu insister sur la survie de l'entreprise et ainsi le maintien de l'emploi, sans oublier les droits des créanciers du débiteur en question.

Le projet de loi comporte plusieurs volets pour tenter d'apporter une solution à ce problème en adoptant à cet égard une « *approche holistique* »¹ afin de couvrir tous les aspects de la situation du débiteur qui se trouve en difficultés financières.

Le volet préventif vise à éviter que le débiteur glisse dans une situation qui ne lui laisse que le choix d'une procédure de faillite. Il convient d'inciter le débiteur, avant que sa situation financière soit définitivement obérée, de prendre des mesures afin de faire face à ses difficultés. Un conciliateur d'entreprise pourra aider le débiteur à faciliter la réorganisation de son entreprise. De même, le secrétariat du Comité de conjoncture aura un rôle proactif dans la collecte des données sur les débiteurs en difficulté financière afin « de favoriser la continuité de leur entreprise ou de leurs activités et d'assurer la protection des droits des créanciers » (article 7, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi en projet).

D'après les auteurs du projet de loi, le volet préventif comprend également les procédures de réorganisation judiciaire. On aurait aussi pu les ranger parmi les procédures du volet réparateur. Ces procédures incluent la conclusion d'un accord à l'amiable extra-judiciaire entre le débiteur et un ou plusieurs créanciers, voire même tous les créanciers (article 38 du projet de loi), la conclusion d'un accord collectif homologué judiciairement (articles 39 à 53 du projet de loi), voire le transfert de tout ou partie de l'entreprise sous autorité de justice (articles 54 à 65 du projet de loi). Pendant la période de la procédure de réorganisation judiciaire, un sursis aux voies d'exécution des créances sursitaires (telles que définies à l'article 1^{er} du projet de loi) sera instauré.

La 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.

Les dispositions de la loi en projet sur les procédures de réorganisation judiciaire sont largement inspirées de la loi belge du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. Entre-temps, cette loi a été substantiellement modifiée par une loi du 27 mai 2013² dont le projet de loi sous avis n'a pas pu tenir compte. Il conviendra de compléter le projet de

¹ Voir en ce sens l'exposé des motifs du projet de loi sous examen

² Loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises

loi par les dispositions modificatives intervenues en Belgique, si besoin en est. Le Conseil d'État s'en est partiellement inspiré dans ses observations. Le fait que le projet de loi reprenne parfois littéralement le texte législatif alors en vigueur en Belgique n'empêche pas le Conseil d'État, comme il aura suffisamment l'occasion de le faire dans le cadre du présent avis, de s'interroger sur le sens de certaines dispositions ou sur leur application pratique.

Le volet réparateur, selon les auteurs du projet de loi, permet au commerçant personne physique de se voir accorder par le tribunal une seconde chance, s'il a été malheureux et de bonne foi, et de se voir déchargé du paiement des dettes existantes (voir articles 64 et 65 du projet de loi). Il s'agit ainsi, selon l'exposé des motifs, de « contribuer à la création d'un environnement plus propice à un nouveau départ ». Si la malchance peut perturber un projet économique sain à la base, le débiteur de bonne foi mérite indubitablement cette possibilité de recommencer une entreprise, qui pourrait ainsi avoir plus de succès. La loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales ne devra pas constituer un obstacle à cette seconde chance qui est ainsi accordée au débiteur malheureux, mais de bonne foi. Il convient d'éviter que la loi en projet ne devienne un refuge pour les débiteurs de mauvaise foi. Les tribunaux devront y veiller.

À cette fin, le projet comporte également un volet répressif qui s'articule autour de la correctionnalisation de la banqueroute, en créant une infraction unique de banqueroute qui reprend les éléments constitutifs de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse, de la modification proposée de l'interdiction de faire le commerce de l'article 444-1 du Code de commerce et de l'action en comblement de passif de l'article 495-1 de ce code (respectivement de l'article 86, points 7) et 30) du projet de loi) ainsi que de l'introduction en droit luxembourgeois de la dissolution administrative sans liquidation inspirée du droit suisse (articles 69 à 77 du projet de loi). Le Conseil d'État se doit de noter le caractère succinct du commentaire des articles sur ce volet répressif.

Enfin, un volet social visant à maintenir l'outil de production et à préserver les intérêts des salariés en cas de transfert d'entreprise sous autorité de justice (article 56 du projet de loi) a été inclus dans la loi en projet.

Le projet de loi sous rubrique est ainsi plus complet que le projet de loi n° 5157 portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées, même s'il en reprend certaines dispositions.

Cependant, l'application concrète de la loi en projet sera surtout sujette des intervenants, et notamment des mandataires de justice dont la désignation judiciaire y est prévue. De leur qualité et de la manière dont ils s'accompliront de leur tâche dépendra grandement le succès des procédures de réorganisation judiciaires prévues dans le projet de loi sous examen. La coopération des autorités étatiques, dont l'Administration des contributions directes, l'Administration de l'enregistrement et des domaines ainsi que le Centre commun de la sécurité sociale, dans la phase préventive, sera cruciale. Ces autorités ne devront plus se reposer sur le privilège que la loi leur accorde dans le cadre des procédures de faillite, pour relever l'existence

d'entreprises en difficulté financière, dont le premier « clignotant » de ces difficultés est pour le débiteur de différer le paiement des sommes qui sont dues à ces administrations et organismes publics pendant des périodes prolongées.

Le Conseil d'État entend souligner que les juridictions et les juges luxembourgeois, conscients de la nécessité d'une formation spécifique en la matière, ont traditionnellement adopté une attitude très réticente à s'immiscer dans les décisions d'ordre économique et financier des entreprises. Ainsi, les juridictions du travail ont élaboré une jurisprudence fermement établie, comme quoi « le juge ne saurait, à aucun titre, se substituer au chef d'entreprise dans l'appréciation de l'opportunité des mesures, quelles que soient les répercussions au regard de l'emploi »³.

Le projet sous avis exige toutefois une implication substantielle des magistrats des juridictions compétentes en matière commerciale mais également en matière de travail (cf. article 56, paragraphe 3, du projet de loi), dans les décisions relevant de l'opportunité économique.

Le Conseil d'État relève dans ce même ordre d'idées que le projet de loi sous examen tend à renforcer le rôle et la responsabilité du procureur d'État tant dans les procédures de réorganisation judiciaire et de transfert d'entreprises que dans celles de la faillite et de la procédure administrative sans liquidation. Le Conseil d'État a noté que, dans leurs avis, les parquets émettent des réserves sérieuses par rapport à cette orientation tant pour des considérations pratiques que pour des raisons de principe en rapport avec la sauvegarde de l'ordre public. Le Conseil d'État peut parfaitement suivre ces réticences.

Finalement, il convient de souligner le caractère complexe des nouvelles procédures prévues dans la loi en projet. On peut légitimement douter de l'efficacité de la procédure de réorganisation judiciaire, surtout pour ce qui concerne les petites et moyennes entreprises et les commerçants personnes physiques, qui, au regard des démarches à accomplir, pourraient préférer l'aveu de faillite, voire, pour les personnes physiques, la procédure de surendettement. Dans son avis du 2 décembre 2013, la Chambre de commerce a relevé que 70% des entreprises ayant fait appel à la procédure mise en place par la loi belge du 31 janvier 2009 précitée avaient fait faillite. Cette loi a été substantiellement modifiée par une loi du 27 mai 2013.

Par ailleurs, le Conseil d'État s'interroge sur la transposition telle quelle de cette loi au regard du fait que les réseaux économiques belges et luxembourgeois ne sont pas identiques.

³ Voir notamment Cour d'appel, 16 janvier 2014, rôle n° 37951

Examen des articles

Titre 1^{er}

Article 1^{er}

Point a): définition de « Comité de conjoncture »

Le Conseil d'État doit s'opposer formellement à cette définition, alors qu'elle renvoie au règlement grand-ducal du 30 novembre 2007 portant institution d'un Comité de conjoncture. En effet, en raison du principe de la hiérarchie des normes, une loi ne peut pas se référer à un règlement grand-ducal déterminé, à moins que celui-ci n'ait été adopté selon la procédure spéciale prévue par la loi modifiée du 9 août 1971 concernant l'exécution et la sanction des décisions et des directives ainsi que la sanction des règlements des Communautés européennes en matière économique, technique, agricole, forestière, sociale et en matière de transports. Le Conseil d'État suggère ainsi de limiter le renvoi à l'article L. 511-4 du Code du travail et d'omettre le bout de phrase « et institué par le règlement grand-ducal modifié du 30 novembre 2007 portant institution d'un Comité de conjoncture ».

Points b) à h)

Sans observation.

Point i): définition de « établissement principal »

Le commentaire des articles précise que cette notion reprend la notion de « centre des intérêts principaux » du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Afin d'éviter toute divergence d'interprétation, le Conseil d'État recommande que le terme défini sous rubrique soit remplacé à l'article 1^{er} et dans les autres articles de la loi en projet par celui de « centre des intérêts principaux ». Il convient en effet d'éviter d'utiliser des notions différentes en arguant que leur sens serait identique.

Le Conseil d'État relève encore que le règlement (CE) n° 1346/2000 précité sera abrogé par le règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité à partir du 26 juin 2017.

L'annexe A du règlement (CE) n° 1346/2000 devra être complétée pour prévoir les procédures de réorganisation judiciaire.

Points j) et k)

Sans observation.

Point l): définition de « secrétariat du Comité de conjoncture »

Le Conseil d'État doit s'opposer formellement à cette définition pour les mêmes raisons que celles explicitées à l'endroit de la définition de « Comité de conjoncture », alors qu'elle renvoie au règlement grand-ducal

précité du 30 novembre 2007. Cette définition est d'ailleurs superflue et, en raison de sa suppression, les points subséquents sont à requalifier.

Point m)

Sans observation.

Point n): définition de « tribunal »

La loi en projet introduit une dualité de juridiction entre, d'une part, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale pour les commerçants visés à l'article 1^{er} du Code de commerce et, d'autre part, le même tribunal mais siégeant en matière civile pour les artisans et les sociétés civiles. Est-ce qu'une telle distinction s'impose ici ? Quelle est la pertinence de soumettre les artisans à la compétence des tribunaux civils : ne s'agit-il pas de commerçants au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce ? Le Conseil d'État note que, dans le cadre du projet de loi n° 5730 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales⁴, l'article 1865*bis* du Code civil est modifié pour donner au président du tribunal d'arrondissement compétence en matière de constitution de sûretés en cas de dissolution d'une société. La commission parlementaire a souligné ne pas vouloir faire de distinction entre la société civile et la société commerciale. Elle a aussi relevé que les affaires commerciales pouvaient être introduites devant les chambres civiles du tribunal d'arrondissement. Dans ce contexte, bien que la situation visée à l'article 1865*bis* du Code civil tel qu'il est modifié dans le cadre du projet de loi n° 5730 soit différente de la situation envisagée à l'article sous examen, le Conseil d'État plaide pour la suppression de la dualité de juridiction dans un but de simplification, ce motif étant également mis en avant par les auteurs des derniers amendements parlementaires au projet de loi n° 5730.

Articles 2 et 3 (2 selon le Conseil d'État)

Les articles sous rubrique fixent le champ d'application des procédures de redressement judiciaires prévues par le projet de loi sous avis. L'article 2 précise que celui-ci s'applique aux commerçants visés à l'article 1^{er} du Code de commerce, aux artisans et aux sociétés civiles. Le projet de loi sous avis a donc un champ d'application plus étendu que la loi belge du 31 janvier 2009 précitée, qui n'englobe pas les sociétés civiles à forme non commerciale. Le commentaire des articles n'explique pas cette inclusion. Qu'en est-il des sociétés commerciales momentanées et des sociétés commerciales en participation, de même que des sociétés en commandite spéciale, qui toutes ne constituent pas une individualité juridique distincte de celle de leurs associés (article 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 précitée), ainsi que des associations agricoles ?

Le Conseil d'État se demande si les sociétés civiles doivent nécessairement être incluses dans le champ d'application de la loi en projet, alors qu'elles ne posent pas d'acte de commerce au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce et qu'elles ne seront pas soumises aux dispositions du Code de commerce régissant les faillites, qui constitue un prolongement de l'échec d'une procédure de redressement. Faudrait-il alors élargir le champ

⁴ Amendements parlementaires du 2 avril 2015, doc. parl. n° 5730⁵, pp. 4-5

d'application *ratione personae* de la procédure de faillite ? Comme indiqué par la Chambre de commerce et le Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg, pourquoi est-ce que les associations sans but lucratif, ou du moins celles qui emploient des salariés, n'ont pas été mentionnées ? Les événements récents frappant certaines associations sans but lucratif dans le domaine social et dont les déboires, quelles qu'en soient les causes, frappent un nombre certain de salariés, militent sans conteste pour qu'elles puissent bénéficier des procédures de réorganisation judiciaires prévues dans la loi en projet. Les raisons qui ont motivé la rédaction du présent projet de loi s'appliquent de manière identique à ces associations, même si elles ne poursuivent pas de but lucratif en soi.

L'article 3 énumère les personnes morales qui sont exclues de ce champ d'application, parce qu'elles sont soumises à des procédures de réorganisation particulières.

En ce qui concerne les exclusions, le Conseil d'État demande à ce que les personnes morales exclues soient énumérées avec précision. Il ne peut se satisfaire d'un terme générique du genre « entreprises du secteur financier » qui n'est pas utilisé dans la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. L'insécurité juridique distillée par des termes vagues et sans contour empêchera le Conseil d'État d'accorder la dispense du second vote constitutionnel. Les auteurs du projet de loi peuvent reprendre l'énumération des personnes morales exceptées qui a été établie par le Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg. Il conviendrait éventuellement d'ajouter les sociétés de titrisation régies par la loi modifiée du 22 mars 2004 relative à la titrisation.

Le Conseil d'État réitère son observation émise à l'endroit de l'article 1^{er} à propos de la définition de « tribunal » en rapport avec les artisans et leur inclusion dans la notion de « commerçant ».

Article 4 (à omettre selon le Conseil d'État)

L'article sous examen, qui dispose que les décisions judiciaires sont exécutoires par provision, – il aurait dû y être ajouté qu'elles le sont aussi sans caution – et que, sauf disposition contraire, elles sont susceptibles de recours selon les modalités et dans les délais du droit commun, n'est pas à sa place. La lisibilité d'un texte commande que de telles précisions figurent dans les dispositions relatives aux décisions judiciaires concernées. Le Conseil d'État demande la suppression de cet article.

Le Conseil d'État se doit d'ailleurs de relever que l'alinéa 2 est de toute façon à omettre en ce qu'il est superflu.

Article 5 (3 selon le Conseil d'État)

D'après l'article sous rubrique, les « renseignements et données utiles » sur les débiteurs en difficultés financières sont tenus à jour au secrétariat du Comité de conjoncture et le débiteur peut à tout moment en prendre connaissance, de même qu'il peut en demander la rectification.

Parmi les débiteurs, sont seuls visés ceux qui « sont en difficultés financières telles que la continuité de leur entreprise peut être mise en péril ». Il convient de relever qu'il ne s'agit que d'une possibilité, de sorte

que se pose inmanquablement la question des critères sur base desquels les difficultés financières doivent être appréciées, car toute difficulté financière ne met pas nécessairement en péril la continuation de l'entreprise, de même que celle-ci peut être mise en péril par des événements qui ne constituent pas directement une difficulté financière, comme le non-renouvellement d'un bail commercial ou la résiliation d'un contrat avec un fournisseur.

À l'alinéa 1^{er}, référence est faite aux « renseignements et données utiles ». Que faut-il entendre par ces termes ? Selon le Conseil d'État, il ne peut pas s'agir des seules décisions judiciaires mentionnées à l'article 6. Dans la mesure où il s'agit d'un traitement de données qui peut tomber dans le champ d'application de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, qui constitue le cadre légal en la matière, la liste des « renseignements et données utiles » devrait être énumérée avec plus de précision, surtout qu'il s'agit de données à caractère personnel dont certaines ont trait à la solvabilité de personnes physiques. À cet égard, le Conseil d'État note que l'article 14 de cette loi de 2002 soumet à un régime d'autorisation particulier « les traitements concernant le crédit et la solvabilité des personnes [physiques] concernées lorsque ce traitement est effectué par des personnes autres que des professionnels du secteur financier ou des compagnies d'assurance concernant leurs clients ».

Les dispositions de l'article 5, alinéa 1^{er}, sont lacunaires et ainsi source d'insécurité juridique notamment en ce qu'elles omettent de préciser comment et d'après quels critères le Comité de conjoncture détermine les débiteurs dont les données seraient collectées et qu'elles restent également en défaut de spécifier les renseignements et données visés. Le Conseil d'État s'oppose en conséquence formellement aux dispositions de l'article 5, alinéa 1^{er}.

Si le but poursuivi par l'article sous examen est la préservation de l'emploi, ne serait-il pas plus judicieux de limiter le cercle des débiteurs concernés à ceux qui emploient au moins un certain nombre de salariés (cf. article L. 511-27 du Code du travail⁵) ?

L'alinéa 2 de l'article sous examen octroie au débiteur concerné le droit, à tout moment, de prendre connaissance des données recueillies par le secrétariat du Comité de conjoncture ainsi que le droit de rectifier les données qui le concernent. Si le débiteur est une personne physique, ces droits s'ajoutent à ceux qui lui sont conférés par la loi précitée du 2 août 2002.

Il convient en outre de relever que le débiteur, s'il s'agit d'une personne physique, doit, en vertu de l'article 26 de la loi précitée du 2 août 2002, être informé que des données le concernant sont traitées par le

⁵ Art. L. 511-27 du Code du travail :

« (1) L'employeur, qui occupe régulièrement au moins quinze salariés, doit notifier au secrétariat du Comité de conjoncture tout licenciement pour des raisons non inhérentes à la personne du salarié au plus tard au moment de la notification du préavis de licenciement.

(2) Cette notification peut se faire par voie électronique.

(3) Le secrétariat dresse un relevé mensuel des notifications reçues et le soumet pour information et discussion aux membres du Comité de conjoncture, qui s'engagent au respect d'une obligation de discrétion professionnelle à cet égard. »

secrétariat du Comité de conjoncture. Ce droit devrait aussi être étendu par le projet de loi sous avis aux débiteurs personnes morales.

Le débiteur concerné devrait d'ailleurs se voir attribuer le droit de contester la qualification de débiteur en difficultés financières, en ce qu'une divulgation de cette qualification à des tiers risque de lui être lourdement préjudiciable. Le Conseil d'État souligne dans cet ordre d'idées l'obligation des membres du Comité de conjoncture de traiter les données recueillies avec confidentialité. Il insiste pour que cette obligation soit inscrite dans le texte de l'article sous avis.

Le Conseil d'État demande finalement que soit précisée l'obligation de confidentialité des membres du secrétariat du Comité de conjoncture.

Article 6 (4 selon le Conseil d'État)

Cet article prévoit que certaines décisions judiciaires sont transmises par le greffe du tribunal compétent au secrétariat du Comité de conjoncture.

Le Conseil d'État note que les ordonnances de paiement contre lesquelles aucun contredit n'a été fait n'ont pas été mentionnées. Le Conseil d'État relève cependant que près de 80.000 ordonnances de paiement avaient été rendues en 2014. De même, qu'en est-il des décisions judiciaires rendues à l'étranger ou des sentences arbitrales ? Il échet également de prévoir la situation du débiteur qui a satisfait à une condamnation prononcée contre lui dans une décision judiciaire ou arbitrale ; devra-t-il en informer le secrétariat du Comité de conjoncture ? Finalement, ne faudrait-il pas envisager une information faite par le registre de commerce et des sociétés en cas de non-dépôt de comptes annuels se rapportant à plusieurs années consécutives, en cas de baisse du nombre des membres de l'organe de gestion en dessous du minimum légal ou en cas de dénonciation de siège social non suivie de l'inscription d'un nouveau siège social ?

Le Conseil d'État relève d'ailleurs que la loi belge précitée du 31 janvier 2009 est plus précise en ce qu'elle prévoit en son article 10, alinéa 3, que dans le mois de l'expiration de chaque trimestre, l'Office national de sécurité sociale transmet une liste des débiteurs qui n'ont plus versé leurs cotisations de sécurité sociale depuis un trimestre au greffe du tribunal du ressort de l'établissement principal ou du siège social des débiteurs concernés et que l'article 10, alinéa 4, de la même loi envisage, également dans le mois de l'expiration de chaque trimestre, la transmission par l'administration des finances de la liste des débiteurs qui n'ont plus versé la TVA ou le précompte professionnel depuis un trimestre au greffe de ce tribunal. De telles dispositions ne se retrouvent pas dans le projet de loi sous examen.

Le Conseil d'État renvoie encore à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 1^{er} octobre 2015⁶, aux termes duquel « les articles 10, 11 et 13 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à des mesures nationales, telles que celles en cause au principal,

⁶ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 1^{er} octobre 2015, *Smaranda Bara e.a.* (affaire C-201/14)

qui permettent à une administration publique d'un État membre de transmettre des données personnelles à une autre administration publique et leur traitement subséquent, sans que les personnes concernées n'aient été informées de cette transmission ou de ce traitement ». À défaut d'inscription dans l'article sous examen de l'information des personnes concernées lorsque les données les concernant sont échangées entre administrations, le Conseil d'État doit formellement s'opposer à tout échange de données personnelles entre administrations, y compris lorsque cet échange a lieu au sein de la Cellule d'évaluation des entreprises en difficultés, et partant à l'article sous examen.

Article 7 (5 selon le Conseil d'État)

Le secrétariat du Comité de conjoncture « suit la situation des débiteurs en difficulté » et lorsqu'il estime que la continuité de l'entreprise d'un tel débiteur est menacée, il peut « inviter » ce dernier « afin d'obtenir toute information relative à l'état de ses affaires et au sujet des mesures de réorganisation éventuelles ».

Le fait que ce soit le secrétariat du Comité de conjoncture qui suit la situation des débiteurs en difficulté et apprécie si les difficultés financières peuvent mettre en péril la continuité de l'entreprise de ces derniers suppose nécessairement que ce secrétariat ait à sa disposition des personnes ayant la compétence professionnelle et l'expérience pour ce faire. Il s'agit là d'une exigence évidente, sous peine d'enlever à l'intervention du secrétariat du Comité de conjoncture toute efficacité et toute utilité.

Il y a lieu de relever une discordance entre les termes utilisés à l'article 5, alinéa 1^{er}, et ceux de l'article 7, paragraphe 1^{er}. En effet, selon le premier, le secrétariat du Comité de conjoncture recueille les renseignements et données « concernant les débiteurs qui sont en difficultés financières telles que la continuité de leur entreprise peut être mise en péril ». Le paragraphe 1^{er} du texte sous examen indique, dans son alinéa 1^{er}, que ce secrétariat « suit la situation des débiteurs en difficulté » sans mentionner la potentialité de la mise en péril de la continuité de leur entreprise, et, dans son alinéa 2, qu'il peut inviter le débiteur « lorsqu'il estime que la continuité de l'entreprise d'un débiteur est menacée ». D'un point de vue rédactionnel, le Conseil d'État aurait préféré que les auteurs du projet de loi renvoient soit à la mise en péril de la continuité de l'entreprise, soit à sa menace.

En vertu du paragraphe 2 de l'article sous examen, le débiteur peut à tout moment obtenir communication des données recueillies ainsi que du rapport visé au paragraphe 3 que le secrétariat du Comité de conjoncture rédige suite à son examen de la situation du débiteur.

Le paragraphe 2 est en partie couvert par l'article 5, alinéa 2. Il faudrait coordonner ces deux dispositions.

En ce qui concerne le rapport établi par le secrétariat du Comité de conjoncture, le paragraphe 3 ne fait qu'indiquer qu'il « est joint aux données recueillies ». Pour être utile au débiteur concerné, encore faudrait-il qu'il prenne connaissance de ce rapport. Le paragraphe 3 devrait être complété pour prévoir que le rapport en question doit être communiqué d'office au débiteur à son dernier établissement principal ou centre de ses intérêts

principaux connu et mentionner la ou les méthodes selon lesquelles cette communication a lieu. Le paragraphe omet encore de préciser dans quel délai le rapport doit être établi. Au regard des circonstances, il faudrait que ce rapport parvienne à temps au débiteur dont la continuité de son entreprise est en péril ou menacée.

Article 8 (6 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen aborde la Cellule d'évaluation des entreprises en difficulté.

D'après le commentaire des articles, « cette disposition a pour objet d'ancrer dans la loi l'existence de ce comité sans que pour autant son rôle ne change. Il s'agit bien d'un organe de concertation, chaque administration restant compétente pour prendre une décision d'assigner telle ou telle entreprise en faillite au vu de sa situation. » Le commentaire précise que, du fait de l'adjonction d'un représentant du ministère de l'Économie à cette cellule, « les administrations concernées peuvent être informées qu'une entreprise peut se trouver dans une phase préliminaire en vue de bénéficier d'une mesure de réorganisation, qu'il s'agisse d'une procédure de réorganisation volontaire ou judiciaire, et inversement, lesdites administrations peuvent évoquer la situation d'une entreprise, dont, suivant certains clignotants à définir, il apparaît qu'elle pourrait entrer dans une phase de difficultés ».

Les administrations dont un représentant siège dans cette cellule peuvent être informées des difficultés financières d'un débiteur et adapter leur position quant à l'opportunité d'une procédure de faillite ou l'époque de son déclenchement. Les autres créanciers, privilégiés ou chirographaires, de ce débiteur ne disposent quant à eux pas de telles informations. Le commentaire des articles mentionne en outre que lesdites administrations peuvent échanger des informations sur la situation financière d'un débiteur, ce qui soulève la question de la compatibilité de cette possibilité avec le secret professionnel des créanciers concernés.

Le Conseil d'État renvoie encore à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 1^{er} octobre 2015⁷, auquel il s'est référé à l'endroit de l'article 6 du projet de loi et à l'opposition formelle qu'il y a formulée au regard de cette jurisprudence. Il réitère cette opposition formelle concernant l'article sous examen.

L'alinéa 1^{er} de l'article sous avis explique que la Cellule est « chargée d'apprécier l'opportunité des assignations en faillite ». Quelles seraient les conséquences d'une telle appréciation ? La Cellule pourrait-elle notamment opposer son veto à une assignation en faillite ? Dans l'affirmative, la mission de la Cellule impliquerait une mise sous tutelle des administrations créancières. Le lecteur peut en effet être amené à croire que toute assignation en faillite, donc même celle lancée par un créancier relevant du secteur privé, doit être soumise à la Cellule, alors que les administrations et les créanciers privés restent seuls maîtres de l'appréciation de l'opportunité d'une assignation en faillite. La mission de la Cellule est ainsi source d'insécurité juridique et cette insécurité juridique est encore accrue au vu

⁷ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 1^{er} octobre 2015, *Smaranda Bara e.a.* (affaire C-201/14)

des réserves prévues à l'alinéa 2 de l'article sous avis. Le Conseil d'État s'y oppose dès lors formellement.

En outre, l'article sous examen risque de faire double emploi avec l'article 8 de la loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter-administrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises⁸, en vertu duquel, « en vue d'apprécier l'opportunité d'une assignation en faillite, le Centre commun de la sécurité sociale, l'Administration des contributions directes et l'Administration de l'enregistrement et des domaines échangent, à l'aide de procédés automatisés ou non, des informations relatives aux arriérés respectifs concernant les commerçants et sociétés commerciales dont la situation financière est compromise au moins envers l'une de ces administrations. Les procédés automatisés se font moyennant interconnexion de données et sous garantie d'un accès sécurisé, limité et contrôlé. »

Article 9 (7 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen permet au débiteur de demander au ministre ayant l'Économie dans ses attributions la nomination d'un conciliateur d'entreprise en vue de faciliter la réorganisation de son entreprise.

En quoi consiste la mission de conciliation ? La conciliation n'implique-t-elle pas la mission de rétablir la bonne entente entre des personnes en situation conflictuelle ? La mission décrite à l'article sous examen, qui figure dans la section 3 du chapitre 2 du titre 1^{er} du projet de loi relative aux « mesures conservatoires », ne s'approche-t-elle pas plutôt de celle d'un conseiller ? Le terme de conciliateur est-il dès lors approprié ? Selon le commentaire de l'article, le conciliateur pourra « agir comme intermédiaire entre les créanciers et le débiteur ». Cette fonction ne se retrouve pas dans le dispositif de l'article sous avis. Les dispositions correspondantes de l'article 13 de la loi belge précitée du 31 janvier 2009 emploient le terme de « médiateur », ce qui ne paraît toutefois pas être davantage en accord avec les missions décrites.

Le Conseil d'État note que l'article 9 ne prévoit pas que le débiteur qui demande la nomination d'un conciliateur d'entreprise soit en difficulté financière telle que la continuité de son entreprise peut être, ou est, mise en péril ou menacée.

Cette demande peut être faite oralement, mais se pose alors la question de la preuve de l'existence et du contenu de cette demande, surtout que l'alinéa 3 précise que la mission de ce conciliateur est fixée par le ministre « dans les limites de la demande du débiteur ». Le Conseil d'État demande

⁸ Loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter-administrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des contributions directes, de l'Administration de l'enregistrement et des domaines et de l'Administration des douanes et accises et portant modification de

- la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée;
- la loi générale des impôts (« Abgabenordnung »);
- la loi modifiée du 17 avril 1964 portant réorganisation de l'Administration des contributions directes;
- la loi modifiée du 20 mars 1970 portant réorganisation de l'Administration de l'enregistrement et des domaines;
- la loi modifiée du 27 novembre 1933 concernant le recouvrement des contributions directes et des cotisations d'assurance sociale

que l'alinéa 2 se limite à indiquer que « la demande de désignation d'un conciliateur d'entreprise n'est soumise à aucune règle de forme ».

Le ministre doit aussi fixer la durée de la mission, toujours dans la limite de la demande du débiteur. Est-ce qu'une prorogation de cette durée, même sur demande du débiteur, est possible ?

L'article 9, alinéa 4, prévoit que le conciliateur d'entreprise est choisi parmi les experts assermentés désignés en tant que conciliateurs d'entreprise en application de la loi du 7 juillet 1971 portant, en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés et complétant les dispositions légales relatives à l'assermentation des experts, traducteurs et interprètes, excluant ainsi les avocats. Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 66.

Le dernier alinéa traite de la fin de la mission du conciliateur d'entreprise. Il convient d'ajouter à la première phrase que la mission du conciliateur prend aussi fin lorsque la durée fixée par le ministre ayant l'Économie dans ses attributions a été atteinte. L'alinéa en question précise encore que la partie la plus diligente, donc soit le débiteur, soit le conciliateur d'entreprise, « informe le secrétariat du Comité de conjoncture que la mission a pris fin ». Pourquoi est-ce que le ministre, qui a pourtant nommé le conciliateur d'entreprise, n'en est pas informé ?

L'article sous examen n'aborde pas la question des frais encourus par le conciliateur d'entreprise dans l'exécution de sa mission. Est-ce que les frais seront supportés par le débiteur, qui se trouve peut-être déjà dans une situation financière difficile ou risque d'y glisser, ou bien par l'État, auquel cas un débiteur de mauvaise foi pourrait bénéficier d'une aide gratuite dans la réorganisation de son entreprise ?

Le Conseil d'État relève que si la section 3 du projet de loi de laquelle fait partie l'article 9 sous examen est intitulée « mesures conservatoires », l'article en question n'envisage toutefois pas de telles mesures.

Article 10 (8 selon le Conseil d'État)

Alors que l'article 9 vise la nomination volontaire du conciliateur d'entreprise à la demande du débiteur, l'article sous examen permet la désignation judiciaire d'un mandataire de justice. Tout intéressé peut s'adresser « au magistrat présidant la chambre du tribunal » en vue de la désignation d'un mandataire de justice « lorsque des manquements graves et caractérisés du débiteur ou de ses organes menacent la continuité de l'entreprise en difficulté et que la mesure sollicitée est de nature à préserver cette continuité ».

D'abord, en ce qui concerne les termes « magistrat présidant la chambre du tribunal », le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 1^{er} au sujet de la dualité de juridiction. Si la Chambre des députés devait garder la dualité de juridiction, ne faudrait-il pas se référer au président de la chambre civile pour les sociétés civiles et éventuellement les artisans et au président de la chambre commerciale pour les sociétés commerciales ? On pourrait aussi indiquer le Président du

tribunal d'arrondissement pour toutes les demandes visées à l'article sous examen.

Ensuite, afin de pouvoir désigner un mandataire judiciaire, le juge saisi doit se livrer à un examen détaillé de la situation financière du débiteur ou de ses organes. En premier lieu, il doit rechercher l'existence de manquements graves et caractérisés. Même s'il s'agit de la reprise du texte législatif belge, en quoi doivent consister ces manquements ? S'agit-il de manquements à des obligations légales, à l'instar de l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, ou est-ce que des manquements contractuels peuvent aussi entrer en ligne de compte ? En second lieu, ces manquements doivent menacer la continuité de l'entreprise, qui doit déjà être en difficulté.

En troisième lieu, le juge apprécie si la mission du mandataire judiciaire doit préserver cette continuité. Le Conseil d'État tient à rappeler que, d'après la jurisprudence, « il appartient à l'assemblée générale des actionnaires et non au juge des référés d'approuver ou de désapprouver les décisions de la politique commerciale prises par les administrateurs régulièrement élus »⁹.

Enfin, le magistrat doit s'interroger sur la mission du mandataire judiciaire. À la différence de l'institution d'un administrateur provisoire, d'après le commentaire des articles, « il ne s'agit pas de déposséder le débiteur de la gestion de son entreprise ». Mais quelle sera alors l'efficacité de la mission du mandataire judiciaire, alors qu'un administrateur provisoire peut être nommé afin d'« éviter que la société ne soit en cessation des paiements, et se voit ainsi soumise à la procédure de redressement judiciaire »¹⁰ ? De même, « la désignation d'un administrateur provisoire est une mesure d'une extrême gravité qui ne se justifie que dans la mesure où il existe des présomptions graves du fait que la gestion serait détestable au point de menacer la société d'une ruine imminente »¹¹.

Les qualités de la personne ainsi désignée, dont les frais pourraient être à charge du débiteur en vertu du droit commun applicable selon le commentaire de l'article afférent, – ce qui pourrait aggraver sa situation financière, – sont essentielles. En ce qui concerne la référence à la loi précitée du 7 juillet 1971, le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 66.

Article 11 (9 selon le Conseil d'État)

L'article 11 concerne la réorganisation extra-judiciaire par accord à l'amiable. Il s'agit d'un accord entre le débiteur et un ou plusieurs créanciers en vue de l'assainissement de la situation financière du débiteur ou de la réorganisation de son entreprise.

Le Conseil d'État note qu'à l'instar de l'article 9, l'article sous rubrique n'impose pas que le débiteur soit en difficultés financières telles que la continuité de son entreprise peut être, ou est, mise en péril ou menacée.

⁹ Luxembourg, réf., 1^{er} juillet 1981, n° 303/81

¹⁰ JCL Sociétés, Fasc.43-10, n° 35, p. 9

¹¹ Comm. Bruxelles (réf.), 18 mai 1989, RPS 1991, p. 144

L'alinéa 2 est superflu pour énoncer une évidence, même s'il se retrouve également dans la loi belge du 31 janvier 2009 précitée.

Concernant l'alinéa 3, s'agissant d'un accord entre parties, qui ne lie d'ailleurs que celles-ci, les dispositions du Code civil relatives aux contrats et conventions s'appliquent tout naturellement sans qu'il faille le préciser. En outre, le terme « droit commun des contrats » est impropre à figurer dans un texte législatif en raison de son caractère vague et imprécis. Le Conseil d'État estime que l'alinéa 3, qui ne figure pas dans la loi belge du 31 janvier 2009, peut être omis pour être superflu.

L'alinéa 4 dispose que les articles 445, 2° et 446 du Code de commerce ne sont pas applicables à un tel accord amiable ni aux actes accomplis en exécution de cet accord « si celui-ci (...) est déposé au secrétariat du Comité de conjoncture et y mentionné dans un registre ». Le Conseil d'État ne saurait accepter que l'efficacité d'un accord amiable, lié à la non-application des articles 445, 2° et 446 du Code de commerce, soit soumise à son inscription dans un registre tenu par le secrétariat du Comité de conjoncture. D'une part, la loi en projet, et notamment son article 7 (5 selon le Conseil d'État), ne fait pas mention d'un tel registre. D'autre part, l'inscription dans ce registre est effectuée par le secrétariat du Comité de conjoncture et dépend donc du fait d'un tiers. Le Conseil d'État doit donc s'opposer formellement à cette disposition qui est source d'insécurité juridique. Le Conseil d'État exige ainsi d'écrire : « est (...) déposé au secrétariat en vue d'être mentionné au registre » et de prévoir le registre dont question au paragraphe 3 de l'article 7 (5 selon le Conseil d'État) du projet de loi.

Le dernier alinéa indique que « les tiers ne peuvent prendre connaissance de l'accord et être informés de son dépôt qu'avec l'assentiment exprès du débiteur ».

Plusieurs questions se posent à ce sujet : pourquoi la confidentialité d'un accord ne peut-elle être levée que du seul assentiment du débiteur ? Qu'en est-il des autres parties contractantes, qui doivent aussi avoir leur mot à dire ? Pourquoi les tiers doivent-ils être informés du dépôt de l'accord ? Qui sont les tiers qui peuvent être informés et sur l'initiative de qui le seraient-ils ? À ce sujet, il faut compléter la première phrase de l'alinéa sous examen en y insérant les termes « au registre au secrétariat du Comité de conjoncture » à la suite du bout de phrase « Les tiers ne peuvent prendre connaissance de l'accord et être informés de son dépôt ».

La seconde phrase du dernier alinéa est superflue et doit être supprimée. En effet, si une obligation de consultation et d'information auprès des salariés ou de leurs représentants existe, elle s'applique et le fait de mentionner que cette obligation s'applique est sans aucune plus-value normative.

Article 12 (10 selon le Conseil d'État)

L'article sous rubrique énumère les finalités de la procédure de réorganisation judiciaire. Même si sa valeur normative est peu évidente, il éclaire le lecteur sur les situations auxquelles une procédure de réorganisation judiciaire peut aboutir et n'appelle ainsi pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Article 13 (11 selon le Conseil d'État)

L'article sous rubrique concerne le dépôt de la requête par le débiteur en vue de l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire.

Le contenu de la requête est décrit au paragraphe 2. Il convient de mentionner que les pièces exigées le sont sous peine d'irrecevabilité. La phrase introductive se lira ainsi : « Sous peine d'irrecevabilité, il joint à sa requête : ». Cette solution est également retenue en droit belge suite à la loi du 27 mai 2013 qui a modifié la loi du 31 janvier 2009 précitée¹².

Partant le point 10°, selon lequel le débiteur peut joindre « toutes autres pièces [qu'il] juge utiles pour étayer sa demande » est à supprimer. Même si les pièces énumérées aux points 1° à 9° ne sont pas exigées sous peine d'irrecevabilité, le point 10° est superfétatoire, alors que le débiteur peut toujours verser en cause telle pièce supplémentaire qu'il juge utile.

Selon le point 3°, le débiteur doit joindre « les deux derniers comptes annuels si ceux-ci n'ont pas encore été déposés » au registre de commerce et des sociétés. La question qui se pose est celle de savoir si cette disposition doit être interprétée comme exigeant que les comptes annuels des deux dernières années sociales doivent être joints, donc si une requête en ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire ne peut pas être déposée avant l'expiration de la deuxième année sociale, ceci d'autant plus que le dépôt dont question au point 3° doit intervenir dans les sept mois de la clôture de l'année sociale et que, suivant l'article 70, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, la première année sociale peut dépasser le cadre de l'année civile. Pour le Conseil d'État, le point 3° doit être interprété dans le sens que les comptes annuels des deux dernières années sociales doivent être joints en annexe de la requête en ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire s'ils ont été approuvés par les actionnaires, mais non encore déposés au registre de commerce et des sociétés, ce qui n'empêche pas un débiteur de déposer une telle requête après la première année sociale ou même lorsque les comptes annuels n'ont été ni approuvés ni déposés. Le Conseil d'État propose de compléter le point 3° par les termes « pour autant qu'ils aient été établis ».

Le point 6° exige « une liste complète des créanciers sursitaires reconnus ou se prétendant tels ». Comment le tribunal ou le juge-délégué peuvent-ils vérifier que cette liste établie par le débiteur est complète ?

En ce qui concerne le point 9°, à savoir la copie du rapport du secrétariat du Comité de conjoncture établi en application de l'article 7, paragraphe 3, de la loi en projet, le Conseil d'État demande que les termes « et communiqué » soient insérés à la suite du mot « établi » suite aux observations qu'il a formulées à l'endroit de cet article 7, paragraphe 3. En effet, ce rapport est établi par le secrétariat du Comité de conjoncture et, même si la proposition du Conseil d'État faite à l'endroit de l'article 7, paragraphe 3, selon laquelle ce rapport doit être communiqué d'office au débiteur, était retenue, il n'en demeure pas moins que l'initiative de l'invitation lancée au débiteur et qui aboutit à la confection de ce rapport

¹² Voir M.C. Ernotte et B. Inghels, La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises : ajustement ou rétrécissement ?, JT 2013, p. 637, part. p. 638

n'appartient qu'au secrétariat du Comité de conjoncture, alors que le dépôt de la requête est l'œuvre du débiteur. En outre, la procédure prévue à l'article 5 ne peut être un préalable au dépôt de la requête en ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire de l'article 13.

Au paragraphe 3, alinéa 2, de l'article sous examen, le Conseil d'État propose de remplacer les termes « Ministère public » par « procureur d'État ».

Le Conseil d'État propose l'omission du paragraphe 4 sous examen. Il renvoie à cet égard à ses observations ci-après concernant l'article 14 (12 selon le Conseil d'État). La loi belge du 27 mai 2013 a également supprimé la possibilité de déposer des pièces dans un délai de 14 jours après le dépôt de la requête, mais permet au tribunal d'octroyer un délai pour déposer des pièces « si une omission ou une irrégularité dans le dépôt des documents n'est pas d'une nature telle qu'elle empêche le tribunal d'examiner si les conditions prévues à l'article 23 sont remplies et si elle peut être réparée par le débiteur »¹³, cette faculté devant être appréciée restrictivement et appliquée avec prudence¹⁴.

Il convient finalement de souligner que, pour éviter des abus, l'article 269/4 du Code belge des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe exige le paiement d'un montant forfaitaire de 1.000 euros en vue de couvrir les frais de procédure.

Article 14 (12 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen traite de la désignation du juge délégué nommé par le « magistrat présidant la chambre du tribunal ». Le Conseil d'État renvoie à ses observations sur la dualité de juridiction introduite par le projet de loi sous avis et à l'article 10.

Le Conseil d'État estime que la désignation du juge délégué ne peut intervenir que si toutes les pièces visées à l'article 13, paragraphe 2, ont été déposées, même celles pour lesquelles l'article 13, paragraphe 4, octroie au débiteur un délai supplémentaire de quatorze jours. En effet, parmi les pièces visées à l'article 13, paragraphe 4, figurent des éléments essentiels pour s'assurer du sérieux du débiteur, en particulier la situation comptable, la prévision d'encaissement ainsi que la liste des créanciers sursitaires.

Le paragraphe 2 renvoie à l'article 54 (52 selon le Conseil d'État), paragraphe 2. Le Conseil d'État a du mal à comprendre ce renvoi, en ce que cet article ne précise pas les missions du juge délégué.

Article 15 (13 selon le Conseil d'État)

La mission du juge délégué nommé conformément à l'article 14 est décrite à l'article sous rubrique.

Le Conseil d'État demande qu'à l'alinéa 2, le juge-délégué contrôle également le respect par le débiteur de ses obligations découlant de l'article 40 (38 selon le Conseil d'État) de la loi en projet. Il s'agit en effet d'une

¹³ Article 24, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 31 janvier 2009

¹⁴ M.C. Ernotte et B. Inghels, *op. cit.*, p. 638-639

obligation importante, à savoir la communication par le débiteur à ses créanciers sursitaires du montant de leur créance à son encontre. Cette communication peut se faire simultanément à l'avis prévu à l'article 21 (19 selon le Conseil d'État), paragraphe 2, dont le contrôle du respect figure expressément parmi les missions du juge délégué.

Même s'il est repris de l'article 19 de la loi belge du 31 janvier 2009, l'alinéa 3 renvoie à une notification à effectuer par le débiteur sans autre précision. S'agit-il de la notification prévue à l'article 21, paragraphe 2 du projet de loi, auquel cas le terme de « notification » n'est pas approprié ? Le Conseil d'État renvoie encore à ses observations sous l'article 1^{er}, point i) à propos de l'annexe A du règlement (CE) n° 1346/2000 précité.

Article 16 (14 selon le Conseil d'État)

Le greffe du tribunal tient un dossier où figurent les éléments de la procédure de réorganisation judiciaire. Le juge délégué peut, d'après le dernier alinéa, décider que ce dossier sera accessible à distance par voie électronique, selon les modalités et aux conditions qu'il détermine. Il faut préciser que cet accès se fera en sus de l'accès physique prévu à l'alinéa 2, de sorte que cet alinéa 4 doit se lire ainsi :

« Le juge délégué peut toutefois décider que le dossier sera aussi accessible ... ».

Dans le cadre de cet accès à distance, il conviendra de fixer les modalités et conditions de telle manière que les créanciers ou toute personne intéressée au sens de l'alinéa 2 soient traités de manière égale, quel que soit le lieu de leur résidence, siège social ou centre des intérêts principaux au sens du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

Le Conseil d'État regrette qu'un tel accès à distance ne soit prévu que pour les procédures de réorganisation judiciaire et qu'il ne soit pas réglé par un texte normatif applicable uniformément aux procédures judiciaires en général. Les modalités et les conditions d'accès au dossier par voie électronique ne sauraient dépendre d'une décision du juge délégué. Le Conseil d'État propose dès lors la suppression *in fine* du bout de phrase : « selon les modalités et aux conditions qu'il détermine ».

Article 17 (15 selon le Conseil d'État)

L'article 17 concerne la communication forcée de pièces détenues par le débiteur ou un tiers. Est-ce qu'à l'alinéa 1^{er} de l'article sous examen par « tiers » intéressés sont visés les créanciers sursitaires qui ont été informés ?

L'alinéa 1^{er} détermine les conditions relatives à la communication forcée des pièces tandis que la procédure qui y est applicable est réglée à l'alinéa 2 par un renvoi aux articles 284 à 288 du Nouveau Code de procédure civile concernant l'obtention des pièces détenues par un tiers. Le Conseil d'État constate néanmoins que la situation des articles 284 à 288 du Nouveau Code de procédure civile est différente de celle visée à l'article sous examen. Dans le premier cas, la demande en communication forcée émane d'une partie à un litige alors que, dans le second, le tribunal statue à la demande de « tout intéressé ». La teneur des articles 878 à 881 du Code judiciaire visés à l'article 21 de la loi belge du 31 janvier 2009 précitée, dont

s'inspire l'article sous examen, est différente de celle des articles 284 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

Il s'y ajoute que si l'alinéa 2 renvoie aux « modalités prévues aux articles 284 à 288 du Nouveau Code de procédure civile », l'article 284 de ce dernier code est, en l'espèce, remplacé par l'article 17, alinéa 1^{er}, de la loi en projet. L'incohérence entre l'article 17, alinéa 1^{er} (15, alinéa 1^{er}, selon le Conseil d'État), sous examen et l'article 284 de Nouveau Code de procédure civile étant source d'insécurité juridique, le Conseil d'État exige sous peine d'opposition formelle de limiter le renvoi aux seuls articles 285 à 288 du Nouveau Code de procédure civile.

Article 18 (16 selon le Conseil d'État)

Cet article institue un sursis à exécution tant que le tribunal n'a pas statué sur la demande en ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire.

Le fait qu' « aucune réalisation de biens meubles (...) du débiteur ne peut intervenir » suivant le second tiret n'empêche pas un créancier qui bénéficie d'une garantie financière au sens de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière de l'exécuter, y compris par une réalisation de biens meubles. Les contrats de garantie financière ne sont pas concernés par l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire.

Se pose cependant la question de savoir comment les créanciers seront informés du dépôt de la requête en ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire. Ils seront informés lorsque la procédure de réorganisation judiciaire est ouverte à l'encontre du débiteur. Mais il aurait été utile de les informer du dépôt de la requête afin de leur éviter de lancer des procédures en réalisation forcée qui seront frappées par le sursis prévu à l'article sous rubrique ainsi que de supporter des frais inutiles. Le Conseil d'État renvoie à ce sujet à l'extrait du rapport d'évaluation de la loi belge du 31 janvier 2009 cité par la Chambre de commerce dans son avis du 2 décembre 2013¹⁵.

L'article 18 prévoit également que le débiteur, s'il s'agit d'une société commerciale, ne peut pas être dissous judiciairement. Le débiteur devra cependant continuer à respecter ses obligations qui lui sont imposées par le Code de commerce et les lois régissant les sociétés commerciales. S'il ne le fait pas, le débiteur devrait être sanctionné par la fin anticipée du sursis et de la procédure de réorganisation judiciaire. À ce sujet, le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 54. Il souligne que la dissolution judiciaire prévue à l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ne saurait être écartée par la disposition sous examen en ce qu'il serait inconcevable qu'une société commerciale, qui poursuit une activité contraire à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du Code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, puisse continuer à exercer ses activités ou seulement à exister dans l'hypothèse envisagée par l'article sous examen. Il en est de même de la dissolution judiciaire d'une société commerciale qui est prononcée à titre de sanction pénale en vertu de l'article 35 du Code pénal.

¹⁵ Doc. parl. n° 6539⁵, p. 30

Le Conseil d'État exige dès lors sous peine d'opposition formelle que la dissolution judiciaire de l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et la dissolution judiciaire qui est prononcée à titre de sanction pénale en vertu de l'article 35 du Code pénal soient expressément exclues du champ d'application de l'article sous examen, alors qu'une société ne peut pas échapper aux dispositions d'ordre public contenues dans ces articles.

Article 19 (17 selon le Conseil d'État)

L'article sous rubrique dispose que « la procédure de réorganisation judiciaire est ouverte dès que la continuité de l'entreprise est menacée, à bref délai ou à terme » et qu'une requête a été déposée en ce sens par le débiteur en application de l'article 13. Le Conseil d'État note que si l'article 5, alinéa 1^{er}, fait référence à la menace de la continuité de l'entreprise, l'article 19, alinéa 1, mentionne la mise en péril de cette continuité. La différence de rédaction pourrait être corrigée pour une plus grande cohérence.

L'alinéa 3 érige en présomption, dont il ne ressort pas du texte si elle est simple, ce que le Conseil d'État suppose, ou irréfragable, qu'il y a menace sur la continuité de l'entreprise lorsque les pertes subies par le débiteur personne morale « ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social ». Pour les raisons avancées notamment par le Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg et l'Ordre des experts-comptables dans leurs avis communiqués au Conseil d'État par dépêches respectives des 6 septembre 2013 et 18 octobre 2013, le Conseil d'État demande que cet alinéa soit supprimé pour être inapproprié à la situation des sociétés commerciales luxembourgeoises.

Le Conseil d'État renvoie encore à l'article 100 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, tel que modifié par le projet de loi n° 5730 portant modernisation de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (...) résultant des amendements parlementaires du 2 avril 2015¹⁶.

Le dernier alinéa précise que « l'état de faillite du débiteur ne fait pas obstacle en soi à l'ouverture ou à la poursuite de la procédure de réorganisation judiciaire ». D'après le commentaire des articles, est visée la situation où le débiteur remplit les conditions de la cessation de paiements et de l'ébranlement de crédit, mais où l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire peut être plus avantageuse qu'une procédure de faillite classique. Le délai d'un mois pour faire aveu de faillite prescrit à l'article 440, alinéa 1^{er}, du Code de commerce est, selon le nouvel alinéa 4 de cet article 440, introduit par l'article 86, point 3) du projet de loi sous avis, suspendu à compter du dépôt de la requête en ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire et pendant la durée du sursis. Il n'en demeure pas moins que le commerçant devra, dans le mois de la cessation de paiements, décider soit de déposer une requête en ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire soit de faire aveu de faillite.

¹⁶ Doc. parl. n° 5730⁵

Cependant, le Conseil d'État tient à signaler que le caractère avantageux mentionné dans le commentaire des articles ne peut avoir trait qu'à la situation économique de l'entreprise et qu'une relance de son activité reste envisageable, alors qu'une procédure de réorganisation judiciaire ne doit pas aboutir à reporter l'échéance d'une faillite inéluctable.

Le Conseil d'État renvoie encore à ses observations sous l'article 86, point 3), de la loi en projet.

Article 20 (18 selon le Conseil d'État)

Le paragraphe 1^{er} de l'article sous examen précise que le tribunal doit procéder à l'examen de la requête en ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire dans les dix jours du dépôt de celle-ci au greffe du tribunal. Outre la question de savoir si ce délai de dix jours est suffisant en pratique, un délai de 10 jours paraît inapproprié au regard de l'article 13, paragraphe 4, du projet de loi qui donne au débiteur un délai de quatorze jours pour déposer certaines pièces. Ainsi le tribunal devra se prononcer sur l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire sans avoir toutes les pièces, et en particulier des pièces essentielles comme la situation comptable du débiteur, la prévision d'encaissement ainsi que la liste des créanciers sursitaires, à sa disposition. Comment le juge délégué peut-il faire son rapport tel qu'exigé par l'article 14, alinéa 1^{er}, sans pouvoir analyser ces pièces ? Le déroulement chronologique entre le dépôt de la requête et le jugement ouvrant la procédure doit être agencé différemment.

Le débiteur peut renoncer à sa convocation au tribunal et à être entendu en chambre du conseil. À quel moment et sous quelle forme manifesterait-il ces renoncements ou l'une d'entre elles ?

Au paragraphe 2, la phrase « à défaut, le tribunal rejette la demande » est superfétatoire pour énoncer une évidence. Enfin, la référence à l'article 12, pour viser le sursis, est maladroite, alors que cet article 12 n'appréhende pas le sursis. Il faudrait viser les articles 25 et suivants.

Article 21 (19 selon le Conseil d'État)

Le jugement ouvrant une procédure de réorganisation judiciaire est publié par extrait aux soins du greffe au Mémorial C. Il convient de remplacer le Mémorial C par le Recueil électronique des sociétés et associations au cas où la loi issue du projet de loi n° 6624 portant réforme du régime de publication légale relatif aux sociétés et associations¹⁷ sera

¹⁷ Projet de loi n° 6624 portant réforme du régime de publication légale relatif aux sociétés et associations et modifiant

- la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises,
- la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales,
- la loi modifiée du 25 mars 1991 sur les groupements d'intérêt économique,
- loi modifiée du 25 mars 1991 portant diverses mesures d'application du règlement CEE n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE),
- la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés,
- la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif,
- la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés,
- la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la Société d'investissement en capital à risque (SICAR),
- la loi modifiée du 22 mars 2004 relative à la titrisation,
- la loi modifiée du 13 juillet 2005 relative aux institutions de retraite professionnelle sous forme de SEPCAV et ASSEP,

entrée en vigueur avant la loi en projet. Est-ce que le système de publication par les soins du greffe est compatible avec le Recueil électronique des sociétés et associations, une fois que ce dernier sera mis en place ?

Le jugement serait aussi inscrit au registre de commerce et des sociétés en application de l'article 13 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, tel que modifié à l'article 89 de la loi sous examen.

Ne faudrait-il pas, à l'instar des décisions judiciaires ouvrant une procédure de faillite, procéder à la publication du jugement d'ouverture dans deux journaux luxembourgeois, une publication au Mémorial ou par le Recueil électronique des sociétés et associations risquant d'être insuffisante ? L'article sous rubrique doit préciser qui supporte les coûts de publication. Le Conseil d'État donne par ailleurs à considérer que le greffe n'est pas matériellement en charge des publications au Mémorial C. Il ne saurait dès lors être tenu responsable de la publication tardive d'un jugement qu'il a transmis à temps au gestionnaire du registre de commerce et des sociétés aux fins d'être publié au Mémorial C. Le Conseil d'État propose dès lors de libeller la première phrase du paragraphe 1^{er} comme suit :

« (1) Le greffe transmet le jugement qui déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire dans les deux jours de sa date au gestionnaire du registre de commerce et des sociétés. Le jugement est publié par extrait au Mémorial C dans les trois jours de cette transmission. »

En ce qui concerne le contenu de l'extrait à publier, le Conseil d'État voudrait faire les observations suivantes :

- au point 1), le Conseil d'État s'interroge sur la précision quant à « la nature de l'activité commerciale principale ». Quelle est la plus-value de cette précision et est-ce au greffier ou au tribunal de préciser la nature de l'activité commerciale principale du débiteur ? En outre, le lieu de l'établissement principal ou du centre des intérêts principaux est réputé se trouver au siège social de la personne morale, de sorte que la référence au siège social ne peut être maintenue que s'il est différent du lieu de l'établissement principal ou du centre des intérêts principaux. Ces renseignements ne font d'ailleurs pas partie des indications qui sont à joindre à la requête en réorganisation judiciaire en vertu de l'article 13, paragraphe 2, du projet de loi.
- le point 3) doit être complété *in fine* pour mentionner l'adresse professionnelle des mandataires de justice dont question ;

-
- la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances,
 - la loi modifiée du 8 décembre 1994 relative aux comptes annuels et comptes consolidés des entreprises d'assurances et de réassurances de droit luxembourgeois – aux obligations en matière d'établissement et de publicité des documents comptables des succursales d'entreprises d'assurances de droit étranger,
 - la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif,
 - la loi modifiée du 24 mars 1989 sur la Banque et Caisse d'Epargne de l'État, Luxembourg,
 - la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier,
 - la loi modifiée du 10 novembre 2009 relative aux services de paiement,
 - la loi modifiée du 17 juin 1992 relative aux comptes annuels et comptes consolidés des établissements de crédit et
 - modifiant certaines autres dispositions légales

- le point 4) fait mention d'une audience du tribunal pour statuer sur la prorogation du sursis. Fixer dès l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire une audience en vue de statuer sur une prorogation du sursis revient à banaliser la prorogation du sursis. Si, en application de l'article 33, le débiteur demande une prorogation du sursis et que le tribunal la lui accorde, le jugement en question devra être publié par extrait selon les modalités de l'article sous examen. Le Conseil d'État demande que l'échéance du sursis soit seule mentionnée au point 4).

Le paragraphe 2 oblige le débiteur à informer les créanciers individuellement de l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire et de leur communiquer les données figurant également dans l'extrait qui sera publié au Mémorial C ou au Recueil électronique des sociétés et associations. Le texte du paragraphe 2 semble laisser une certaine latitude au débiteur sur les moyens de cette communication, à condition que le débiteur puisse rapporter la preuve qu'il a rempli ses obligations qui lui sont imposées par ce paragraphe. Est-ce que la seule sanction du manquement par le débiteur à cette obligation d'information des créanciers consiste en la nomination d'un administrateur provisoire en application de l'article 23 du projet de loi ? Une sanction supplémentaire possible ne consisterait-elle pas en une fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire prononcée par le tribunal, ou en un refus de prorogation du sursis? Voir dans ce contexte les observations du Conseil d'État à l'endroit de l'article 54.

Le paragraphe 2 doit être complété pour obliger le débiteur à fournir la preuve de l'information des créanciers au juge délégué dans un certain délai.

Le paragraphe 3 indique que le jugement qui rejette la demande en ouverture d'une procédure de redressement judiciaire est notifié au requérant par voie de greffe. Pour des raisons de cohérence, le Conseil d'État propose de remplacer « le requérant » par « le débiteur ». Est-ce qu'*a contrario* le jugement qui accepte cette demande n'est pas notifié au débiteur ?

Si appel est interjeté conformément à l'article 24 du projet de loi sous avis, il faudra procéder à la publication de la décision d'appel lorsque celle-ci réforme un jugement du tribunal ayant ouvert une procédure de réorganisation judiciaire. L'article 21, ou l'article 24 doit être complété en ce sens.

Article 22 (20 selon le Conseil d'État)

L'article sous rubrique permet au tribunal, saisi par le débiteur ou un tiers, de nommer un mandataire de justice parmi les experts assermentés désignés en application de la loi du 7 juillet 1971 portant, en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés et complétant les dispositions légales relatives à l'assermentation des experts, traducteurs et interprètes.

La lecture du paragraphe 1^{er} semble exclure que les avocats puissent être nommés mandataires de justice (cf. observations sous l'article 66). Cette exclusion, si elle devait être voulue par les auteurs du projet de loi, est malheureuse, alors que l'assistance dont le débiteur pourrait avoir besoin peut être de nature juridique.

Les avocats pourraient-ils toutefois être désignés comme experts conformément à la loi précitée du 7 juillet 1971 ? Est-ce que cette loi permet l'ajout des avocats à la liste des experts ?

L'article sous examen doit être complété pour prévoir les recours contre une décision de nomination d'un mandataire de justice ou de refus d'une telle nomination, à moins que l'article 24 de la loi en projet ne soit modifié en conséquence.

Article 23 (21 selon le Conseil d'État)

En application du paragraphe 1^{er} de l'article sous examen, le tribunal pourra, « en cas de faute grave et caractérisée ou de mauvaise foi manifeste du débiteur ou d'un de ses organes », nommer un administrateur provisoire qui se substituera à lui pour la durée du sursis, donc y compris de sa prorogation, et qui sera chargé d'administrer l'entreprise du débiteur.

Le tribunal est saisi par le ministère public ou par tout tiers intéressé. Il convient de remplacer les termes « ministère public » par « procureur d'État ».

La décision de nomination est publiée de la même manière que le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire.

Le paragraphe 1^{er} suscite un certain nombre d'observations.

D'abord, quelle est la faute grave et caractérisée du débiteur qui permet la nomination d'un administrateur provisoire ? Par rapport à quoi est-ce qu'une telle faute est appréciée ? Peut-elle concerner la gestion du débiteur avant l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ou s'agit-il d'un manquement du débiteur aux obligations qui découlent pour lui de la loi en projet ?

Ensuite, le tribunal ne peut pas agir d'office, alors même qu'en application de l'article 15 (13 selon le Conseil d'État), « le juge délégué veille au respect des dispositions du titre 1^{er} de la présente loi et informe le tribunal de l'évolution de la situation du débiteur ». Or le tribunal serait parfaitement en mesure d'agir d'office, car il disposera des informations nécessaires à cet effet.

Enfin, la procédure de saisine du tribunal, que ce soit par le tiers intéressé ou le procureur d'État, n'est pas précisée. Il semblerait qu'il faille, du moins pour le tiers intéressé, agir par voie d'assignation, si l'on se réfère au paragraphe 2, alinéa 4. Qu'en est-il de l'action introduite par le procureur d'État ? Il serait utile que le paragraphe 1^{er} soit complété en ce sens. Est-ce la même procédure lorsqu'il s'agit de modifier les pouvoirs de l'administrateur provisoire ou de mettre fin à la mission de ce dernier ?

Le paragraphe 2, qui ne connaît pas de pendant dans la loi belge précitée du 31 janvier 2009, décrit le recours contre une décision nommant ou refusant la nomination d'un administrateur provisoire. Le Conseil d'État doit s'y opposer formellement pour des raisons de sécurité juridique et d'organisation judiciaire.

En effet, l'alinéa 1^{er} indique que la voie de l'opposition n'est pas ouverte contre une telle décision. Mais le recours contre cette décision rendue par le tribunal est, au vœu de l'alinéa 2, « formé devant le magistrat présidant la chambre du tribunal ». Ainsi, il semblerait qu'il s'agisse plutôt d'une procédure d'opposition, ce que laisse suggérer le délai de 8 jours pour intenter le recours en question. L'avant-dernier alinéa du paragraphe 2 mentionne un « appel », mais qui serait alors fait devant la même juridiction. Il s'y ajoute qu'une décision collégiale est soumise à un juge unique, qui pourrait ne pas être impartial. Le renvoi aux articles 934 à 940 du Nouveau Code de procédure civile, qui concernent la procédure de référé tant en première instance qu'en appel, n'apportent pas de clarté et renforcent l'insécurité. Pour mettre fin à cette confusion absolue, le Conseil d'État demande à la Chambre des députés de prévoir une procédure d'appel en bonne et due forme qui sera porté devant la Cour d'appel.

Quant à l'alinéa 4, quelle utilité y a-t-il de faire signifier « l'assignation et l'acte d'appel » tant au procureur d'État qu'au procureur général d'État ?

Au dernier alinéa du paragraphe 2, le terme « Ministère Public » doit être remplacé par « procureur d'État ». Pourquoi mettre la notion de « voie de recours » au pluriel ?

Finalement, le Conseil d'État relève que la loi belge du 27 mai 2013 a modifié l'article 28 de la loi du 31 janvier 2009, qui a inspiré l'article sous examen, afin de préciser au paragraphe 6 que « les présentes dispositions ne portent pas préjudice aux actions de droit commun tendant à la désignation de mandataires de justice, que ce soit ou non comme administrateur provisoire ».

Article 24 (22 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen détermine la procédure applicable en cas d'appel contre un jugement statuant sur une demande d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 21 quant à la publication de la décision d'appel réformant une décision de première instance ayant ouvert une procédure de réorganisation judiciaire.

Si la voie de l'opposition est fermée, l'article sous rubrique prévoit qu'un recours peut être formé devant le magistrat présidant la chambre du tribunal dans les huit jours de la notification du jugement. Pour les mêmes raisons que celles avancées à l'article 23, paragraphe 2, le Conseil d'État doit s'opposer formellement à ce que le recours soit formé devant le président de la chambre du tribunal, la même confusion régnant ici.

Le délai de 8 jours commence à courir à compter de la notification du jugement. Or l'article 21 (19 selon le Conseil d'État), paragraphe 3, ne prévoit de notification qu'au débiteur.

Pourquoi l'alinéa 4 fait-il référence à une assignation ? On pourrait comprendre cette référence dans le cadre de l'article 23, encore qu'il faudrait préciser ce dernier article sur ce point, mais de quelle assignation parle-t-on à l'article sous examen ?

Quelle utilité y a-t-il de faire signifier « l'assignation et l'acte d'appel » tant au procureur d'État qu'au procureur général d'État ?

Il convient finalement de déterminer les conséquences sur le sursis lorsqu'un recours contre l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire est accueilli. Est-ce que le sursis est considéré comme n'étant jamais intervenu ? L'article 37 de la loi en projet n'aborde pas cette hypothèse. Logiquement, toutes les procédures devraient reprendre.

Article 25 (23 selon le Conseil d'État)

Selon l'article sous examen, pendant le sursis aucune voie d'exécution des créances sursitaires ne peut être poursuivie sur les biens meubles ou immeubles du débiteur et ce dernier ne peut être déclaré en faillite ou, s'il s'agit d'une société, dissoute judiciairement.

L'article sous rubrique n'affecte pas les dispositions de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.¹⁸

Si le débiteur société commerciale ne peut faire l'objet d'une procédure de dissolution judiciaire en application de l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 précitée ou de l'article 35 du Code pénal, la survenance d'un fait générateur d'une telle dissolution (contravention grave aux dispositions du Code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris le droit d'établissement, violation de la loi pénale) devrait permettre au tribunal de prononcer la fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire ou de refuser la prorogation du sursis. Le Conseil d'État reviendra sur ce point à l'article 54, mais renvoie d'ores et déjà à ses observations sous l'article 18 (16 selon le Conseil d'État).

Article 26 (24 selon le Conseil d'État)

Aucune saisie ne peut être pratiquée du chef des créances sursitaires pendant la durée du sursis et les saisies déjà pratiquées « conservent leur caractère conservatoire », mais le tribunal a la possibilité d'en ordonner la mainlevée si celle-ci « n'impose pas un préjudice significatif au créancier ».

Si l'article sous rubrique vise les saisies conservatoires, qu'en est-il des saisies-exécution ?

En outre, les termes « cette mainlevée n'impose pas un préjudice significatif » sont vagues, tant qualitativement que quantitativement.

¹⁸ Voir en ce sens l'article 20, paragraphe 4 de la loi modifiée 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière : « À l'exception des dispositions de la loi du 8 décembre 2000 sur le surendettement, les dispositions du Livre III, Titre XVII du Code Civil, du Livre I^{er} Titre VIII et du Livre III du Code de commerce ainsi que les dispositions nationales ou étrangères régissant les mesures d'assainissement, les procédures de liquidation, les autres situations de concours et les saisies ou autres mesures visées au point b) de l'article 19 ne sont pas applicables « aux contrats de garantie financière, aux contrats de compensation et aux renonciations visées par les articles 2(5) et 2(6) », et ne font pas obstacle à l'exécution de ces contrats et à l'exécution par les parties de leurs obligations notamment de retransfert ou de rétrocession. Les mêmes règles valent en cas de décès ou d'incapacité du constituant de la garantie financière, du débiteur des obligations financières couvertes ou d'une partie à un contrat de compensation. »

Finalement, l'article sous examen n'aborde pas la question de la compétence du tribunal. Est-ce que le tribunal peut, en application de cet article, ordonner la mainlevée d'une saisie pour laquelle il n'est pas compétent *ratione materiae* ou *ratione loci* ? Qu'en est-il d'une décision de saisie émanant d'un tribunal étranger et qui est exécutée au Luxembourg ?

Article 27 (25 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen, qui concerne les créances spécifiquement gagées au profit de tiers, est une application de la loi modifiée du 5 août 2005 précitée. Il peut paraître superfétatoire, mais le Conseil d'État ne s'oppose pas à son insertion dans la loi en projet.

Article 28 (26 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen prévoit que, nonobstant le sursis, le débiteur peut procéder au paiement volontaire des créances sursitaires. Si, ce faisant, le débiteur doit respecter le principe de l'égalité des créanciers, tel que l'a souligné le tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans son avis du 14 mars 2013, le Conseil d'État donne néanmoins à considérer que, dans la mesure où la continuité de l'entreprise doit être assurée, un traitement inégalitaire entre les créanciers ne saurait être évité. Il est d'avis qu'un tel paiement doit cependant être nécessaire pour la continuité de l'entreprise. À cette fin, il propose de compléter l'alinéa 1^{er} en y ajoutant à la fin « dans la mesure où ce paiement est nécessaire à la continuité de l'entreprise » comme rajouté par la loi belge du 27 mai 2013 modifiant celle du 31 janvier 2009 précitée.

L'alinéa 2 dispose que « le sursis ne profite pas aux codébiteurs ni aux débiteurs de sûretés personnelles ». Il convient d'y ajouter les sûretés réelles. Le Conseil d'État note que les codébiteurs et les sûretés personnelles sont également mentionnés aux articles 48, alinéa 2, 52, alinéa 5, et 65, alinéa 4, du projet de loi sous avis, mais en utilisant une terminologie différente. Il propose d'utiliser dans les quatre articles visés des termes identiques et de se référer aux codébiteurs ainsi qu'aux « personnes ayant constitué des sûretés personnelles ou réelles ».

Les deux derniers alinéas concernant l'action directe prévue par l'article 1798 du Code civil et l'inapplicabilité des articles 445, 2^o et 446 du Code de commerce n'appellent pas d'observation.

Article 29 (27 selon le Conseil d'État)

L'article relatif aux compensations n'appelle pas d'observation.

Article 30 (28 selon le Conseil d'État)

Cet article traite du sort des contrats en cours pendant la période du sursis.

Le paragraphe 1^{er} prévoit que « nonobstant toutes stipulations contractuelles contraires, la demande ou l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne met pas fin aux contrats en cours ni aux modalités de leur exécution ». Un créancier peut cependant mettre fin à un contrat en cas de manquement par le débiteur à ses obligations

contractuelles, sauf si le débiteur met fin à son manquement dans les quinze jours après avoir été mis en demeure par le créancier. Le Conseil d'État considère que le manquement doit être antérieur au commencement de la période de sursis, mais la mise en demeure du créancier ne doit pas l'être.

En vertu du paragraphe 2, pendant la durée du sursis, le débiteur peut refuser d'exécuter une obligation contractuelle, à l'exception d'une obligation découlant d'un contrat de travail, si cette « non-exécution » est nécessaire pour pouvoir proposer un plan de réorganisation ou permettre un transfert sous autorité de justice. Les dommages-intérêts auxquels le créancier a droit suite à cette « non-exécution » constituent une créance sursitaire. Le créancier pourra ainsi saisir le juge compétent en vue de la fixation des dommages-intérêts.

Le paragraphe 3 a trait aux clauses pénales qui, lorsqu'elles fixent de manière forfaitaire les dommages potentiels suite à un manquement contractuel, restent sans effet lors de la période du sursis.

Article 31 (29 selon le Conseil d'État)

D'après l'article sous examen, les créances issues de contrats en cours à prestations successives qui se rapportent à des prestations effectuées après l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne sont pas soumises au sursis. L'article en question n'appelle pas d'observation quant au fond.

Article 32 (30 selon le Conseil d'État)

D'après le commentaire des articles, « un droit de priorité est donné à ces contractants [c'est-à-dire les titulaires de créances se rapportant à des prestations effectuées pendant la période de la procédure de réorganisation judiciaire] au cas où la procédure serait un échec. Cette mesure est essentielle pour obtenir la confiance des contractants et assurer ainsi la continuité de l'entreprise. A défaut, les contractants risquent d'exiger des paiements au comptant ».

Le droit de priorité ainsi conféré à ces créanciers, qui verront leurs créances considérées comme des dettes de la masse en cas de procédure collective, est soumis à la condition de l'existence d'un « lien étroit » entre la fin de la procédure de réorganisation et la procédure collective.

Quel est ce « lien étroit » ? Il semble s'agir d'un lien temporel, la procédure collective étant ouverte peu de temps après la fin de la procédure de réorganisation judiciaire. Si l'existence de ce « lien étroit » est évidente lorsque la procédure collective est ouverte dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire, le défaut de précision du « lien étroit », notamment sa durée, ne va pas dans le sens de la confiance des contractants mise en avant par les auteurs du projet de loi.

Le Conseil d'État suggère de compléter l'alinéa 1^{er} tel que proposé dans l'avis du Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg.

Le Conseil d'État partage finalement l'avis du tribunal d'arrondissement de Luxembourg qui a relevé le caractère incompréhensible des deux derniers alinéas de cet article. Il ajoute à cette observation que

l'articulation des dispositions de ces alinéas avec celles de l'alinéa 1^{er} lui paraît tout aussi impénétrable.

Article 33 (31 selon le Conseil d'État)

L'article sous rubrique concerne la prorogation du sursis. D'après le paragraphe 1^{er}, le sursis peut être prorogé une ou plusieurs fois sans pouvoir dépasser la durée maximale de douze mois. Cependant, le paragraphe 2 envisage une prorogation « dans des circonstances exceptionnelles et si les intérêts des créanciers le permettent » pour six mois. Il semblerait que ces six mois s'ajoutent alors à la durée maximale de douze mois du paragraphe 1^{er}. La rédaction du paragraphe 2 n'est pas très claire. Il faut ainsi remplacer, dans l'alinéa 1^{er} du paragraphe 2, « ce délai » par « la durée maximale du sursis prévue au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, ».

L'article 33 devra être complété par un paragraphe 3 relatif à la publication du jugement autorisant la prorogation de la période de sursis.

La loi belge du 27 mai 2013 a introduit l'exigence, sanctionnée par l'irrecevabilité de la requête, que celle-ci soit déposée 14 jours au moins avant l'expiration du délai octroyé afin d'éviter des requêtes déposées au dernier moment. Le projet de loi gagnerait en clarté en introduisant une pareille disposition.

Article 34 (32 selon le Conseil d'État)

Selon l'article sous examen, à tout moment pendant le sursis, le débiteur peut demander au tribunal la modification de la finalité de sa demande initiale pour passer d'un accord extra-judiciaire à une réorganisation ou un transfert sous autorité de justice ou d'un plan de réorganisation à un transfert sous autorité de justice. Cet article n'appelle pas d'observation quant au fond.

Article 35 (33 selon le Conseil d'État)

Selon l'article sous examen « le débiteur peut, à tout stade de la procédure, renoncer en tout ou en partie à sa demande en réorganisation judiciaire ». Le débiteur devra quand même exécuter intégralement ses obligations convenues avec les créanciers concernés par la renonciation partielle ou avec tous les créanciers si la renonciation est totale.

Le jugement qui met fin à la procédure de réorganisation judiciaire est publié en tout ou en partie conformément à l'article 21 (19 selon le Conseil d'État), paragraphe 1^{er} et notifié aux créanciers conformément à l'article 21 (19 selon le Conseil d'État), paragraphe 2. En cas de renonciation partielle, ce jugement devra-t-il être notifié à tous les créanciers ou seulement aux créanciers concernés par la renonciation ? Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 21.

Il reprend par ailleurs l'observation et les interrogations suivantes soulevées dans l'avis du tribunal d'arrondissement de Luxembourg: « Une renonciation partielle à une procédure de réorganisation n'est pas imaginable. Quels en seraient les critères ? Se poserait dans ce contexte le problème de l'égalité des créanciers. Que faut-il entendre par communication d'un jugement aux créanciers ? »

Article 36 (34 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen a pour objet la fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire, soit « lorsque le débiteur n'est manifestement plus en mesure d'assurer la continuité de tout ou partie de son entreprise ou de ses activités au regard de l'objectif de la procédure » (paragraphe 1^{er}), soit lorsque le débiteur n'a pas déposé les pièces visées à l'article 13, paragraphe 2, points 1) à 8) (paragraphe 2).

Il ne prévoit pas de fin anticipée de cette procédure lorsque le débiteur ne satisfait pas à ses obligations, que celles-ci figurent dans la loi en projet (par exemple en matière de notification aux créanciers en vertu de l'article 21, paragraphe 2, ou dans la mise en place de l'accord collectif ou du transfert sous autorité de justice) ou dans tout autre texte législatif ou réglementaire (par exemple en matière de dépôt des comptes annuels), voire aux obligations imposées par le tribunal ou le juge délégué.

Quant au paragraphe 1^{er}, le tribunal ne peut pas se saisir d'office, alors qu'en application de l'article 15 de la loi en projet, le tribunal est informé par le juge délégué de l'évolution de la situation du débiteur.

Le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, prévoit que le débiteur saisit le tribunal par voie de requête, alors que le tiers intéressé et le procureur d'État, – le terme « ministère public » étant inapproprié, – doivent le saisir par voie de citation, qui, lui aussi, est un terme inapproprié en procédure commerciale. Le Conseil d'État suggère que tant le débiteur, le procureur d'État et le tiers intéressé saisissent le tribunal par voie de requête communiquée par le greffe aux personnes concernées.

Le Conseil d'État considère par ailleurs qu'il serait utile de préciser que le procureur d'État doit être entendu. Le Conseil d'État suggère ainsi de remplacer le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, comme suit :

« Le tribunal statue soit sur requête du débiteur ou d'un tiers intéressé, le juge délégué et le procureur d'État entendus, soit sur requête du procureur d'État ou du juge délégué, le débiteur et, le cas échéant, le procureur d'État entendus. »

En ce qui concerne le paragraphe 2, si la Chambre des députés reprenait les observations du Conseil d'État faites à l'endroit de l'article 13, comme quoi les pièces y visées devraient être déposées avant que le tribunal statue sur la demande en ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, le paragraphe 2 serait à supprimer. Si le paragraphe 2 devait être maintenu, il conviendrait d'y inclure une référence au procureur d'État à l'instar de ce qui est proposé au paragraphe 1^{er}.

En vertu du paragraphe 3, le jugement est publié conformément à l'article 21, paragraphe 1^{er}. Il ne devrait donc pas être notifié aux créanciers, ce que le Conseil d'État regrette, alors que, suite à cette fin anticipée, d'après l'article 37, le sursis prend fin et « les créanciers retrouvent l'exercice intégral de leurs droits et actions ». Le Conseil d'État renvoie pour le surplus à ses observations sous l'article 21, notamment en ce qui concerne la publication dans des journaux luxembourgeois.

Article 37 (35 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen, selon lequel le sursis prend fin dès le prononcé du jugement qui ordonne la fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire ou lorsqu'il expire sans avoir été prorogé ou sans que la procédure ait été clôturée, n'appelle pas d'observation quant au fond.

Article 38 (36 selon le Conseil d'État)

L'alinéa 2 de l'article sous rubrique prévoit que, lorsque la procédure de réorganisation judiciaire tend à l'obtention d'un sursis en vue de la conclusion d'un accord amiable extra-judiciaire, le tribunal, sur requête du débiteur et, selon le commentaire des articles, après une procédure unilatérale, « peut octroyer des délais modérés visés à l'article 1244 du Code civil ». Le Conseil d'État ne comprend pas le renvoi à l'article 1244 du Code civil, même s'il se trouve aussi à l'article 43 de la loi belge du 31 janvier 2009.

Se pose tout d'abord la question de l'interaction entre, d'une part, des délais de paiement « imposés » au terme d'une procédure judiciaire unilatérale aux créanciers et, d'autre part, l'existence d'un accord « amiable » extra-judiciaire. L'un n'exclut-il pas l'autre ?

Ensuite, le Conseil d'État regrette que la procédure envisagée, même si le texte de l'article 38 ne le dit pas expressément, soit une procédure unilatérale et que les créanciers directement concernés ne soient pas entendus en leurs observations, alors que la loi belge a prévu une procédure contradictoire. Pour cette raison, le Conseil d'État s'y oppose formellement. Le commentaire afférent à l'article sous examen ne fournit d'ailleurs pas d'explications à ce sujet.

Est-ce que le ou les créanciers qui se sont vus imposer ainsi des délais de paiement, même modérés, sans avoir été entendus, peuvent invoquer l'article 66 du Nouveau Code de procédure civile, d'après lequel « lorsque la loi le permet ou la nécessité commande qu'une mesure soit ordonnée à l'insu d'une partie, celle-ci dispose d'un recours approprié contre la décision qui lui fait grief » ?

L'alinéa 3 prévoit que le jugement accordant le sursis est publié conformément à l'article 21, paragraphe 1^{er}. Il ne devrait donc pas être notifié aux créanciers, alors que, s'agissant du jugement accordant un sursis, les créanciers sont particulièrement concernés. Le Conseil d'État renvoie encore à ses observations sous l'article 21.

Article 39 (37 selon le Conseil d'État)

Les articles 39 à 53 du projet de loi sous avis concernent la procédure de réorganisation judiciaire ayant pour objectif un accord collectif entre le débiteur et tous ses créanciers.

À cette fin, le débiteur doit, selon l'article sous examen, déposer un plan de réorganisation au greffe du tribunal.

Cet article n'appelle pas d'observation.

Article 40 (38 selon le Conseil d'État)

Dans les quatorze jours du prononcé du jugement ouvrant la procédure de réorganisation judiciaire, le débiteur doit communiquer à ses créanciers le montant de leur créance et leur indiquer si cette créance est grevée d'une sûreté-ou d'un privilège particulier.

L'article sous rubrique doit être complété pour indiquer que cette liste doit être déposée au greffe du tribunal. Le Conseil d'État relève que la vérification de la régularité de cette liste est difficile.

Article 41 (39 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen fixe la procédure lorsqu'un créancier conteste le montant ou la qualité de sa créance que le débiteur lui a communiqué en application de l'article 40, ou lorsqu'un tiers se prétend créancier.

En application du paragraphe 1^{er}, le créancier ou le tiers concerné portent la contestation devant le tribunal qui a ouvert la procédure de réorganisation judiciaire « en cas de désaccord persistant avec le débiteur ». Aucun délai n'est fixé par l'article en question pour saisir le tribunal compétent. Que se passe-t-il si le tribunal est saisi après la période de huit jours avant l'audience prévue à l'article 49, alors que le paragraphe 6 oblige le débiteur à déposer la liste des créanciers modifiée au greffe au plus tard huit jours avant cette audience ? Combien de temps le désaccord avec le débiteur doit-il perdurer pour être qualifié de « persistant » ?

À défaut de précision dans le texte, le tribunal devra être saisi par voie d'assignation. Le paragraphe 2 permet à tout tiers intéressé de contester une créance sursitaire. Il devra, pour ce faire, assigner tant le débiteur que le créancier dont la créance est ainsi contestée. Aucun délai n'est prévu pour cette action, mais celle-ci peut intervenir même après que la liste des créanciers visée à l'article 13, paragraphe 2, point 6), a été modifiée suite à une décision du tribunal, puisque le paragraphe 2 fait référence à la « liste visée à l'article 13 paragraphe 2, 6), telle que modifiée le cas échéant par application du paragraphe 3 ». On pourrait donc théoriquement se trouver dans une situation où le tribunal a admis, provisoirement ou non, une créance ou s'est prononcé sur sa qualité, mais qu'une procédure unilatérale soit intentée en application du paragraphe 4, et qu'un tiers saisisse le tribunal en application du paragraphe 3. Le délai fixé au paragraphe 6 pour déposer la liste des créanciers modifiée pourrait-il encore être respecté ? Encore faut-il que le tiers intéressé ait connaissance de la liste modifiée des créanciers.

Si le tribunal qui a ouvert la procédure de réorganisation judiciaire est le tribunal compétent, il fixera le montant et la qualité de la créance. Si la décision ne peut pas intervenir « dans un délai suffisamment bref », « le tribunal peut également déterminer ce montant et cette qualité ». Le Conseil d'État a du mal à comprendre la seconde phrase du paragraphe 3. Ne faudrait-il pas préciser que cette détermination est faite provisoirement ou est-ce que la situation visée est celle où la contestation ne relève pas de la compétence du tribunal ? En outre, que faut-il comprendre par « délai suffisamment bref » ?

Si la contestation ne relève pas de sa compétence, le tribunal détermine provisoirement le montant et la qualité de la créance « et renvoie les parties devant le tribunal compétent pour qu'il statue sur le fond ». Ce sera aux parties de saisir le tribunal compétent.

Le Conseil d'État comprend que la détermination provisoire du montant et de la qualité de la créance sursitaire concernée ne concerne que le vote des créanciers prévu à l'article 49, paragraphe 1^{er}, alors que le montant auquel le créancier aura droit dans le cadre du plan de réorganisation dépendra de la décision définitive du tribunal compétent¹⁹.

Le paragraphe 4 prévoit qu'à tout moment, après avoir entendu le juge délégué, le tribunal peut, « en cas d'absolue nécessité et sur requête unilatérale du débiteur ou d'un créancier », modifier sa décision sur le montant et la qualité de la créance sursitaire « sur base d'éléments nouveaux ». Selon Ivan Verougstraete²⁰, « le tribunal ne pourra évidemment faire application de cette disposition que pour modifier sa décision d'admettre – ou non – provisoirement une créance, son montant ou sa qualité. [Cette disposition] ne vise pas l'hypothèse où le tribunal de la réorganisation était le tribunal compétent pour juger du fond de l'affaire et où il aura rendu un jugement sur le fond ». Or le paragraphe 5 dispose que « le jugement qui détermine le montant et la qualité de la créance provisoirement admis n'est pas susceptible de recours », même si l'on peut arguer que la procédure prévue au paragraphe 4 ne soit pas un recours à proprement dire. Bien que repris de la loi belge, le paragraphe 4 devrait être précisé pour bien y faire ressortir la situation qu'il entend régler. Le Conseil d'État relève encore que la requête est par nature unilatérale au Luxembourg. Il propose dès lors d'omettre le mot « unilatérale ».

D'après le paragraphe 5, le jugement qui a admis une créance provisoirement ne peut faire l'objet d'un recours. Le jugement qui fixe définitivement le montant et la qualité d'une créance peut faire l'objet d'un recours.

Article 42 (40 selon le Conseil d'État)

Pendant la période de sursis, le débiteur, éventuellement assisté du mandataire de justice désigné en application de l'article 22, doit élaborer un plan de réorganisation. Le contenu de ce plan est énoncé, entre autres, à l'article sous examen, qui n'appelle pas d'observation quant au fond. Pour des raisons de clarté rédactionnelle, le Conseil d'État propose de rédiger le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, comme suit :

« Si un mandataire de justice est désigné par le tribunal par application de l'article 22 (20 selon le Conseil d'État), il assiste le débiteur dans l'élaboration du plan. »

Article 43 (41 selon le Conseil d'État)

D'après l'article sous examen, le plan de réorganisation décrit les droits des créanciers sursitaires et des personnes qui sont titulaires de créances à naître du fait de son vote ou de son homologation. Le libellé n'appelle pas d'observation.

¹⁹ Voir Ivan Verougstraete, Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite, Kluwer, éd. 2010-2011, n° 2.5.4.10, p. 189

²⁰ *Op. cit.*, n° 2.5.4.11, p. 189

Article 44 (42 selon le Conseil d'État)

L'article sous rubrique décrit les éléments du plan de réorganisation quant aux créances et dettes du débiteur. À l'alinéa 1^{er}, il convient d'écrire : « la conversion de créances en actions ou parts sociales ». Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 50 en ce qui concerne le respect du principe de l'égalité entre créanciers.

Conformément aux deux derniers alinéas, le plan de réorganisation peut prévoir un volet social « dans la mesure où un tel plan n'a pas été négocié ». Ce plan peut prévoir des licenciements. Le Conseil d'État note que les deux alinéas visés sont incompatibles avec les dispositions de l'article L. 512-11 et les articles L. 513-1 à L. 513-3 du Code du travail. Selon les auteurs du projet, « la conciliation nécessaire entre partenaires sociaux » interviendrait selon les procédures de droit commun. Or, les articles du Code du travail relatifs aux licenciements collectifs ci-avant cités ne se limitent pas à impliquer les partenaires sociaux par un simple recours à leur audition, mais exigent des discussions « aux niveaux appropriés » en vue de l'établissement d'un plan de maintien dans l'emploi, sinon, et en cas d'échec des négociations, un rapport circonstancié signé par toutes les parties à adresser à la présidence du comité de conjoncture (cf. article L. 513-3, paragraphe 6 du Code du travail). À défaut de lever cette contradiction, le Conseil d'État doit s'opposer formellement aux dispositions des deux alinéas de l'article sous examen. Il y a par ailleurs lieu d'omettre l'évocation du comité mixte d'entreprise qui sera aboli par l'entrée en vigueur de la loi du 23 juillet 2015 portant réforme du dialogue social.

Article 45 (43 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen permet au débiteur de prévoir dans le plan de réorganisation un sursis à l'exercice des droits des créanciers sursitaires extraordinaires pour une durée n'excédant pas 24 mois à compter du dépôt de la requête en ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, ce sursis pouvant être prorogé pour une durée ne dépassant pas douze mois. La durée du sursis, pouvant aller jusqu'à 36 mois, est particulièrement longue. Si le plan de réorganisation prévoit une telle extension, à l'échéance du premier sursis, le débiteur doit soumettre au tribunal, « son créancier entendu », la preuve que sa situation financière lui permettra « selon des prévisions raisonnables » de rembourser intégralement les créanciers sursitaires extraordinaires à la fin de la période du sursis supplémentaire. Que faut-il entendre par « son créancier entendu » ? Il semble s'agir des seuls créanciers sursitaires extraordinaires qui seront entendus par le tribunal. Quel rôle prendra le tribunal ? Est-ce que cette preuve lui est donnée à titre d'information ? Que se passe-t-il si un ou des créanciers sursitaires extraordinaires ne sont pas d'accord avec l'évaluation par le débiteur de sa situation financière et des recettes prévisibles de son entreprise ?

Comment faut-il comprendre le bout de phrase « le débiteur entendra ordonner la fin de ce sursis » ? À défaut pour le débiteur d'apporter la preuve qu'il sera en mesure de rembourser intégralement les créanciers sursitaires extraordinaires à la fin de la période de sursis supplémentaire, le

sursis ne prendra-t-il pas fin automatiquement ? Ou bien la fin du sursis devra-t-elle être ordonnée par le tribunal ?

Articles 46 et 47 (44 et 45 selon le Conseil d'État)

Ces articles, qui prévoient que le plan de réorganisation judiciaire peut comprendre la cession volontaire de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités et que le plan doit être exécuté dans un délai maximum de cinq ans à compter de son homologation, n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'État.

Article 48 (46 selon le Conseil d'État)

Lorsque le plan de réorganisation est déposé au greffe, les créanciers sursitaires en reçoivent communication par le greffe du tribunal et peuvent faire valoir leurs observations.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 28 en ce qui concerne la mention, à l'alinéa 2, des « codébiteurs, cautions et autres sûretés personnelles ».

Le dernier alinéa dispose que « le débiteur informe les représentants des salariés visés à l'article 44, dernier alinéa, du contenu de ce plan ». Se pose ici encore la question de la preuve du respect par le débiteur de cette obligation. Est-ce que cette preuve ne devrait pas être déposée au greffe ?

Article 49 (47 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen traite de l'approbation du plan de réorganisation par les créanciers. Le plan est approuvé s'il recueille l'assentiment de la majorité des créanciers représentant par leurs créances non contestées ou provisoirement admises la moitié de toutes les sommes dues en principal. Les créanciers peuvent exprimer leur vote lors de l'audience du tribunal ou par écrit. Les créanciers qui n'ont pas participé au vote et leurs créances sur le débiteur ne sont pas pris en compte pour le calcul des majorités.

L'article 48, alinéa 2, prévoit que le juge délégué peut décider que les codébiteurs ainsi que les personnes ayant constitué des sûretés peuvent faire valoir leurs observations sur le plan de réorganisation. Si le juge délégué prend cette décision, faudra-t-il mentionner à l'article sous rubrique qu'ils seront entendus par le tribunal ou est-ce que cette consultation ne se fera que par écrit ?

Le Conseil d'État constate que l'article sous avis ne distingue pas entre créanciers sursitaires ordinaires et créanciers sursitaires extraordinaires. Dans les hypothèses envisagées à l'article 45, c'est-à-dire lorsque le plan prévoit le sursis de l'exercice des droits des créanciers sursitaires extraordinaires pour une période inférieure ou égale à vingt-quatre mois, voire la prorogation de ce sursis pour une nouvelle période ne dépassant pas douze mois, la participation des créanciers sursitaires ordinaires au vote au même titre que les créanciers sursitaires extraordinaires, seuls concernés par ces stipulations du plan, risque de se faire au détriment des créanciers extraordinaires.

Article 50 (48 selon le Conseil d'État)

Dans les quatorze jours de l'audience prévue à l'article 49 « et en tout état de cause avant l'échéance du sursis fixée par application des articles 20 paragraphe 2, et 33 », le tribunal se prononce sur l'homologation du plan de réorganisation. Il ne pourra refuser cette homologation que dans deux situations, à savoir en cas d'inobservation des formalités requises par la loi en projet et en cas de violation par le plan de l'ordre public. Le Conseil d'État donne à considérer que la notion d'ordre public est dans ce contexte une notion élastique qu'il est difficile de cerner. Sur ce dernier aspect, selon le Conseil d'État, une violation du principe de l'égalité des créanciers contenue dans le plan de réorganisation devrait être considérée comme contraire à l'ordre public luxembourgeois et amener le tribunal à refuser l'homologation. Le tribunal ne peut pas modifier le plan de réorganisation. Ses pouvoirs sont ainsi limités. Le Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg a formulé une proposition de texte permettant au débiteur de modifier le plan de réorganisation en s'appuyant sur la modification de la loi belge du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises. Le Conseil d'État reprend cette proposition de texte du Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 21 en ce qui concerne les formalités de publication du jugement et l'imputation des frais de publication.

Article 51 (49 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen régleme les voies de recours contre le jugement statuant sur l'homologation du plan de réorganisation. Le Conseil d'État doit s'y opposer formellement pour les mêmes raisons que celles invoquées à l'appui de son opposition formelle formulée à l'endroit de l'article 23. Une procédure d'appel devant la Cour d'appel devra être prévue.

Le dernier alinéa prévoit un caractère suspensif du recours lorsque le jugement refuse d'homologuer le plan de réorganisation. Une modification des articles 33 et 45 serait à envisager afin de tenir compte de la durée de la procédure d'appel qui pourrait durer au-delà de la durée du sursis, à moins de prévoir que les juges d'appel doivent se prononcer avant que la durée maximale du sursis ne soit atteinte.

Article 52 (50 selon le Conseil d'État)

En cas d'homologation, le plan de réorganisation s'impose à tous les créanciers sursitaires. Son exécution ne peut être suspendue du fait des décisions rendues sur les contestations des créances.

L'alinéa 3 a trait aux créances sursitaires qui n'ont pas donné lieu à contestation, mais qui apparaissent après le jugement d'homologation. Ces créances seront payées après l'exécution totale du plan de réorganisation et selon les mêmes modalités que les créances de même nature figurant dans ce plan. S'il n'y a plus de solde disponible pour payer ces créances, le débiteur sera en état de cessation de paiements et, si les conditions de l'article 437 du Code de commerce sont réunies, il faudra qu'il fasse aveu de faillite conformément à l'article 440 de ce code. Est-ce que les règles de

nullité prévues aux articles 444 et suivants du Code de commerce pourront s'appliquer à de tels paiements? Le Conseil d'État s'interroge par ailleurs sur ce qu'il faut entendre à la dernière phrase de l'alinéa 3 sous avis par « informé dûment ». Il insiste pour que cette disposition soit complétée par la référence à l'article du projet de loi contenant les détails de cette information du créancier.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 28 en ce qui concerne la mention, à l'alinéa 5, des codébiteurs et personnes ayant constitué des sûretés personnelles.

Article 53 (51 selon le Conseil d'État)

Lorsque le plan de réorganisation n'a pas été exécuté par le débiteur ou « lorsqu'il ne pourra pas en être autrement et qu'il en subira un préjudice », le créancier peut en demander la révocation en application de l'article sous examen.

Est-ce que le préjudice dont doit faire preuve ce créancier est un préjudice qui lui est particulier ou peut-il agir également lorsque le préjudice invoqué est commun à tous les créanciers ? Cette condition ne s'applique que lorsque le créancier démontre « qu'il ne pourra pas en être autrement », c'est-à-dire que le plan de réorganisation ne pourra pas être ponctuellement exécuté.

Pour ce faire, le créancier doit, d'après l'alinéa 1^{er}, procéder à la « citation » du débiteur. Il faudrait plutôt mentionner une « assignation » du débiteur.

La révocation peut aussi être demandée par le « ministère public », qu'il faut remplacer par le procureur d'État, alors même qu'il n'est pas impliqué dans la procédure d'homologation.

Le jugement de révocation est publié par extrait au Mémorial C et le débiteur communique la teneur de cet extrait à l'ensemble de ses créanciers. Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 21, quant aux formalités de publication. L'alinéa 3 ne prévoit pas de délai dans lequel le débiteur doit procéder à la notification à ses créanciers, ni même de sanction s'il ne le fait pas. Cet alinéa devra encore être complété pour y préciser que le procureur d'État devra aussi être entendu.

D'après le dernier alinéa, « la révocation du plan de réorganisation le prive de tout effet, sauf pour ce qui concerne les paiements et les opérations déjà effectués, et notamment la cession déjà intervenue de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités ». À partir de quand le plan de réorganisation est-il privé d'effet ? En ce qui concerne les paiements déjà effectués aux créanciers, n'y a-t-il pas un risque de rupture du principe d'égalité ?

Le Conseil d'État demande à ce que la procédure d'appel contre le jugement portant révocation du plan soit précisée à l'article sous examen.

Article 54 (52 selon le Conseil d'État)

Les articles 54 à 65 de la loi en projet visent la situation d'une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice de tout ou

partie de l'entreprise du débiteur. Cette forme de transfert se distingue du transfert conventionnel qui est régi, pour ce qui concerne les droits et obligations en rapport avec les salariés, par les articles L. 127-1 à L. 127-6 du Code du travail. Les auteurs du projet de loi, suivant en cela la loi belge sur la continuité des entreprises, ont voulu privilégier la continuation de l'activité de l'entreprise et ainsi la préservation de l'emploi, tout en ayant égard aux droits des créanciers du débiteur. En cas de transfert partiel de l'entreprise, la partie qui n'est pas ainsi transférée ne devrait plus garantir une viabilité économique.

Le transfert sous autorité de justice peut intervenir soit avec l'accord du débiteur (paragraphe 1^{er}), soit même contre son gré (paragraphe 2). Dans ce deuxième cas de figure, surtout que le régime mis en place peut être déclenché par « toute personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise » du débiteur et qu'il est organisé non par le débiteur, mais par un mandataire de justice, la procédure devra être suivie de très près par le tribunal et par le mandataire de justice désigné, alors qu'il s'agit d'une expropriation cachée. Il s'agit ainsi d'une restriction non négligeable apportée au droit de propriété.

Aux termes du paragraphe 1^{er}, si le débiteur y consent pendant la procédure de réorganisation judiciaire, les représentants des salariés au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance du débiteur ou le comité mixte d'entreprise ou la délégation du personnel compétente doivent être entendus par le tribunal. Concernant le comité mixte, le Conseil d'État rappelle que la loi du 23 juillet 2015²¹ prévoit la suppression de cette institution à partir des prochaines élections sociales. Aussi s'interroge-t-il sur ce qu'il faut entendre par délégation « compétente ». Y aurait-il des délégations de personnel qui ne seraient pas compétentes ? Il constate par ailleurs que si le projet de loi prévoit l'audition par le tribunal desdits représentants du personnel, il manque toutefois de tirer des conclusions qu'une telle audition peut avoir sur la procédure de transfert de l'entreprise.

Selon le paragraphe 2, le transfert sous autorité de justice peut encore être ordonné contre le gré du débiteur lorsque (1^o) « le débiteur est en état de faillite sans avoir demandé l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire », (2^o) le tribunal rejette la demande d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, en ordonne la fin anticipée ou révoque le plan de réorganisation, (3^o) les créanciers rejettent le plan de réorganisation judiciaire ou (4^o) le tribunal refuse l'homologation du plan de réorganisation. Le paragraphe 2 n'envisage pas la situation où le débiteur a, en tout ou en partie, renoncé à la procédure de réorganisation judiciaire.

La « citation du procureur d'État » n'existant pas en cette matière, il convient de mentionner que le procureur d'État agit sur « requête ». Les deux alinéas du paragraphe 2 devront être adaptés en conséquence.

Quant aux personnes pouvant demander un transfert sous autorité de justice, il s'agit du procureur d'État, d'un créancier et de « toute personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise ». 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

²¹ Loi du 23 juillet 2015 portant réforme du dialogue social à l'intérieur des entreprises et modifiant le Code du travail et la loi du 19 décembre 2002 concernant le Registre de Commerce et des Sociétés ainsi que les comptes annuels des entreprises

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. Au vu de la spécificité économique du Luxembourg, le risque de la constitution de monopoles ne saurait d'ailleurs pas être exclu.

Le Conseil d'État souligne encore l'ambiguïté de la terminologie employée dans l'intitulé de la section 4 où l'expression « transfert sous autorité de justice » porte à croire que l'entreprise concernée serait mise temporairement sous tutelle judiciaire, interprétation qui est toutefois contredite par les dispositions des articles regroupés dans la section 4 qui organisent indubitablement un véritable transfert de propriété. Cette discordance est encore accrue au vu de l'emploi des termes de « cédant » et de « cessionnaire », à l'article 56, relatif au sort des contrats de travail existants au moment du transfert. Le Conseil d'État propose d'opter pour le terme unique de « cession ».

Même si les travaux préparatoires de la loi belge entendaient exclure les créanciers ou des demandes pour se débarrasser d'un concurrent, il n'est pas évident que ce but puisse être atteint. En effet, le texte prévoit un certain nombre de protections, notamment pour les salariés, et une procédure à suivre, sans compter le contrôle judiciaire. Mais surtout, lorsque l'assignation est lancée en dehors d'une procédure de réorganisation judiciaire, l'impact de la simple existence d'une assignation en transfert sous autorité de justice et de la durée, en première instance et en instance d'appel, que la procédure judiciaire peut prendre, sur les affaires du débiteur risque d'être important. Déjà, à propos de la nomination d'un administrateur provisoire dans le cadre d'une procédure de référé, il a été jugé par la Cour d'appel de Liège que l'intervention d'un tel administrateur « est fréquemment de nature à éveiller les soupçons des relations d'affaire de la firme et est donc susceptible de nuire à la survie de la société plus qu'à assurer l'arbitrage de divergences (...) »²². Selon MM. Pottier et De Roeck, la publicité donnée d'une manière ou d'une autre à la désignation d'un administrateur provisoire « risque d'entraîner une perte de confiance des fournisseurs, des clients et des dispensateurs de crédit de l'entreprise, lesquels peuvent être tentés de rompre toute relation commerciale avec la société »²³. Quel fournisseur potentiel contractera avec un commerçant ou une société qui a été assignée en transfert forcé de tout ou partie de son entreprise, sauf à prendre des garanties financières que normalement il n'aurait pas demandées et sans compter la résiliation de contrats commerciaux existants ?

Le débiteur, avant de lancer une procédure de réorganisation judiciaire, devra, en outre, savoir que s'il bénéficie d'un sursis pendant la durée de la procédure de réorganisation judiciaire, mais que si celle-ci est un échec, un transfert sous autorité de justice pourra lui être imposé.

²² Liège, 25 juin 1993, RPS 1994, p. 170

²³ L'administration provisoire: bilan et perspectives, RDC 1997, p. 208, n° 23

Le point 1° indique que la procédure de transfert sous autorité de justice peut être initiée « lorsque le débiteur est en état de faillite sans avoir demandé l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire ». Il convient plutôt d'écrire « lorsque le débiteur remplit les conditions de la faillite prévues à l'article 437 du Code de commerce sans avoir demandé l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire ». Dans cette hypothèse, lorsque le tribunal accueille la demande en transfert sous autorité de justice, est-ce qu'une procédure de réorganisation judiciaire sera ouverte, puisque l'article 62 (60 selon le Conseil d'État) se réfère à la clôture de la procédure de réorganisation judiciaire ? Dans l'affirmative, le jugement devra-t-il être publié conformément à l'article 21 et porté à la connaissance des créanciers ? Est-ce que, pendant cette période et jusqu'au transfert effectif de tout ou partie de l'entreprise, le débiteur bénéficiera d'un sursis, avec toutes les conséquences qui s'ensuivent, sur les procédures d'exécution, l'obligation de faire aveu de faillite dans le mois de la cessation de paiements comme indiqué à l'article 440 du Code de commerce (modifié par l'article 86, point 3) de la loi en projet) ou la liquidation judiciaire de l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 précitée ? L'article 55, alinéa 2, indique certes que le tribunal peut « ordonner un sursis complémentaire », mais la situation visée ici est celle où il n'y a pas eu d'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire, donc par définition il ne peut y avoir de « sursis complémentaire ». Selon M. Verougstraete, « il ne faut pas attacher une importance excessive à la terminologie utilisée. L'idée du législateur [belge] était que l'entreprise puisse bénéficier quasi automatiquement d'un délai de six mois de sursis maximum, selon l'appréciation du tribunal. Le tribunal bénéficie ainsi d'un large pouvoir d'appréciation. »²⁴ Dans pareil cas, l'article 55, alinéa 2, pourrait être précisé.

Le Conseil d'État se demande également comment la procédure de transfert envisagée est appelée à s'articuler par rapport à celle de la faillite. Ainsi, que se passe-t-il si le débiteur fait aveu de faillite après le dépôt de la requête, voire après le jugement autorisant le transfert mais avant la répartition du prix prévue à l'article 60 ? S'agit-il de deux procédures concurrentes ? Il donne à considérer que les qualités pour agir diffèrent dans les deux procédures.

Si le libellé du paragraphe 2, point 1°, était maintenu, le tribunal pourrait ordonner le transfert sous autorité de justice sur initiative d'un créancier ou du procureur d'État, ou de toute autre personne ayant intérêt à acquérir l'entreprise ou partie de l'entreprise.

Ce cas de figure est déjà visé, pour autant que les salariés sont concernés, par l'article L. 125-1 du Code du travail qui prévoit qu'un transfert postérieur au prononcé de la faillite fait renaître « de plein droit » les contrats résiliés par le prononcé de la faillite et ce « dans les conditions visées aux articles L. 127-3 à L. 127-5 ».

Cette solution est manifestement en contradiction avec la disposition sous avis. En effet, selon l'article 56, paragraphe 1^{er}, du projet de loi, en cas de transfert sous autorité de justice, les droits des salariés visés aux articles L. 127-3 à L. 127-5 ne sont préservés que « sans préjudice des paragraphes

²⁴ *Op. cit.*, n° 2.5.6.19, p. 227

suiuants ». Or, les paragraphes subséquents restreignent profondément les droits des salariés dans cette situation de transfert sous autorité de justice.

La différence est de taille. Au vu de cette contradiction manifeste du projet de loi par rapport à une disposition légale en vigueur, le Conseil d'État doit s'opposer formellement au maintien du point 1° du paragraphe 2 de cet article.

Selon l'alinéa *in fine* du paragraphe 3, les dispositions de l'article relatif au transfert sous autorité de justice « laissent entières les obligations de consulter et d'informer les salariés ou leurs représentants conformément aux dispositions légales ou conventionnelles en vigueur ».

Ce libellé figure également à l'article 59, paragraphe 4, de la loi belge du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises.

Le transfert sous autorité de justice n'affecte pas les droits des salariés en l'absence de dispositions légales expresses. Dans la mesure où le transfert sous autorité de justice ne change également rien au niveau de la gestion et de la direction de l'entreprise qui demeure aux mains de ses organes, les obligations d'information et de consultation à l'occasion d'un transfert d'entreprise prévues à l'article L. 414-4, paragraphes 1^{er} à 4, du Code du travail doivent être respectées.

Le Conseil d'État se rallie à l'avis de la Chambre des salariés qui exige également l'audition des représentants des travailleurs dans les hypothèses visées au paragraphe 2, ainsi que l'inscription de cette obligation dans le Code du travail. Il déplore d'ailleurs que les dispositions du projet de loi sous avis qui touchent directement aux intérêts des salariés ne fassent pas l'objet d'une intégration dans le Code du travail sous forme de code suiveur à l'instar de ce qui s'applique notamment aux dispositions figurant dans le Code du travail et dans le Code de la sécurité sociale. Une telle approche éviterait une dispersion des dispositions en rapport avec les droits des travailleurs dans différents textes légaux.

Article 55 (53 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen prévoit que le tribunal nomme un mandataire de justice et « détermine l'objet du transfert ou le laisse à l'appréciation du mandataire de justice ».

Parmi les mandataires de justice, qui pourront ainsi être nommés judiciairement et qui sont chargés « d'organiser et de réaliser le transfert au nom et pour compte du débiteur », ne figurent pas les avocats (cf. observations à l'endroit des articles 22 et 66).

Le rôle du mandataire de justice, qui est d'organiser et de réaliser le transfert de tout ou partie de l'entreprise, ne se confond pas avec l'administrateur provisoire de l'article 23 du projet de loi, en ce sens que, si la mission du mandataire de justice est très large, allant jusqu'à lui donner, si le tribunal y consent, la libre appréciation sur le choix des éléments d'actif de l'entreprise qui seront transférés sous autorité de justice, il ne remplace pas le débiteur ou les organes de direction de ce dernier, qui, eux, continuent de gérer l'entreprise.

En ce qui concerne le « sursis complémentaire » mentionné à l’alinéa 2 et qui n’est pas nécessairement « complémentaire » d’un sursis précédent, le Conseil d’État renvoie à ses observations à l’endroit de l’article 54.

Le dernier alinéa prévoit que le jugement sera publié au Mémorial C. Le Conseil d’État renvoie à ses observations à l’endroit de l’article 21. Le jugement qui ordonne le transfert devrait lui aussi être transcrit au registre de commerce et des sociétés (cf. article 89 de la loi en projet). Qu’en est-il des frais liés à cette publication ?

Article 56 (54 selon le Conseil d’État)

L’article sous examen traite des droits des salariés dans le cadre d’un transfert sous autorité de justice.

Cet article régit les droits des salariés dans le contexte d’un transfert d’entreprise sous autorité de justice. À noter que ce régime diffère, d’une part, du transfert d’entreprise conventionnel, cadre dans lequel les droits des salariés sont assurés par les articles L. 127-3 à L. 127-6 du Code du travail et du transfert d’entreprise ou de cession postérieure à la faillite, d’autre part, ce cas de figure étant réglé à l’endroit de l’article L. 125-1 du Code du travail. Il est renvoyé à ce sujet aux observations à l’endroit de l’article 54.

Pour le régime du transfert sous autorité de justice, le texte du projet de loi n’est pas précis quant à l’application de la protection correspondant au transfert conventionnel. Selon la doctrine belge²⁵, le régime particulièrement protecteur des articles L. 127-1 à L. 127-6 du Code du travail n’est toutefois pas applicable. Cette analyse est correcte et conforme à l’intention des auteurs. En effet, les paragraphes suivants prévoient clairement la modification des conditions de travail dans le cadre d’une « procédure de négociation collective ». Cette dernière expression, figurant au libellé de la loi belge dans sa version de 2009, est inexistante en droit luxembourgeois. On peut toutefois estimer qu’un tel accord s’apparenterait à la convention visée aux articles L. 166-2 et suivants du Code du travail. Le Conseil de l’ordre du Barreau de Luxembourg rappelle à juste titre dans son avis du 8 août 2013 qu’à supposer même qu’un accord puisse être conclu avec les syndicats, il ne serait pas opposable au salarié individuel qui ne serait pas privé de son droit de saisir le tribunal. Bien entendu, et compte tenu du fait que les conditions de l’acte de transfert, pour autant que les salariés sont visés, fera le cas échéant l’objet d’une homologation par le tribunal du travail, on conçoit difficilement que le tribunal puisse adopter une position divergente de celle résultant du plan homologué.

Selon le paragraphe 3, alinéa 3, le cessionnaire ne peut être tenu à des obligations autres que celles lui communiquées par écrit par le cédant. Le salarié a droit à des dommages et intérêts de la part du cédant en cas de communication de données incorrectes ou incomplètes. Cette disposition est sans intérêt pour le salarié. Peut-on en effet imaginer que des dommages et intérêts, non privilégiés, éventuellement dus par le cédant aux termes d’une procédure judiciaire, soient liquidés, sachant qu’en règle générale, le cédant est insolvable ? Au vu de l’inapplicabilité de cette disposition, le législateur belge y a d’ailleurs renoncé dans le cadre de la réforme du 27 mai 2013. À

²⁵ Voir Journal des Tribunaux, édition du 22 février 2014, « Transfert d’entreprise sous autorité de justice », par Luc Bihain

défaut d'accord à l'amiable sur sa contestation, le salarié a dès lors intérêt à agir selon le droit commun en rectification de la donnée erronée.

Aux termes du paragraphe 3, alinéa 4, « lorsque le transfert est réalisé à la requête d'un tiers ou du ministère public, les dettes existant à la date du transfert et découlant des contrats de travail existant à cette date ne sont pas transférées au cessionnaire, à condition que le paiement de ces dettes soit garanti légalement par le Fonds pour l'Emploi qui garantit les créances du salarié en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur dans les limites de l'article L. 126-1 du Code du travail ».

Le salarié non repris dans le cadre du transfert a dès lors droit aux indemnités visées à l'article L. 126-1 du Code du travail. Le Conseil d'État a noté que la Chambre des salariés s'est opposée à la disposition de l'article sous examen, qui permet une dérogation dans le cadre d'une procédure de négociation, au principe du maintien du contrat de travail en cas de transfert d'entreprise. Or, il y a lieu de rappeler que la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, prévoit des dérogations au principe du maintien du contrat de travail lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité²⁶.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne adhère à cette position²⁷.

Il faut bien admettre qu'en règle générale, et à supposer que le transfert sous autorité de justice trouve à s'appliquer en pratique, ce qui est loin d'être assuré au vu des expériences décevantes réalisées en Belgique dans le cadre de la loi du 31 janvier 2009, reprise quasiment mot pour mot

²⁶Article 5 de la directive 2001/23/CE :

« 1. Sauf si les États membres en disposent autrement, les articles 3 et 4 ne s'appliquent pas au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise ou d'établissement lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et se trouvant sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic autorisé par une autorité compétente).

2. Lorsque les articles 3 et 4 s'appliquent à un transfert au cours d'une procédure d'insolvabilité engagée à l'égard d'un cédant (que cette procédure ait ou non été engagée en vue de la liquidation des biens du cédant), et à condition que cette procédure se trouve sous le contrôle d'une autorité publique compétente (qui peut être un syndic désigné par la législation nationale), un État membre peut prévoir que: a) nonobstant l'article 3, paragraphe 1, les obligations du cédant résultant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail, qui sont dues avant la date du transfert ou avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ne sont pas transférées au cessionnaire, à condition que cette procédure entraîne, en vertu de la législation de cet État membre, une protection au moins équivalente à celle prévue dans les situations visées par la directive 80/987/CEE du Conseil du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (1) et, ou sinon, que b) le cessionnaire, le cédant ou la ou les personnes exerçant les pouvoirs du cédant, d'une part, et les représentants des travailleurs, d'autre part, peuvent, dans la mesure où la législation ou pratique actuelle le permet, convenir de modifier les conditions de travail du travailleur pour préserver l'emploi en assurant la survie de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement.

3. Un État membre peut appliquer le paragraphe 2, point b), à tout transfert lorsque le cédant est dans une situation de crise économique grave définie par la législation nationale, à condition que cette situation soit déclarée par une autorité publique compétente et ouverte à un contrôle judiciaire en vigueur dans la législation nationale le 17 juillet 1998. La Commission présente un rapport sur les effets de la présente disposition avant le 17 juillet 2003 et elle présente au Conseil les propositions qui s'imposent.

4. Les États membres prennent les mesures nécessaires en vue d'éviter des recours abusifs à des procédures d'insolvabilité visant à priver les travailleurs des droits découlant de la présente directive. »

²⁷ Voir notamment un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 juin 2009 (Affaire C-461/07, points 35 et 36)

dans le projet de loi sous avis, le transfert ne s'appliquera qu'à certaines branches bénéficiaires des entreprises en difficulté. Les structures subsistantes seront déclarées en faillite et les salariés non transférés continueront à se voir appliquer l'article L. 125-1 du Code du travail.

La doctrine belge fait état du constat unanime des observateurs et praticiens du droit qui s'accordent à constater que le transfert sous autorité de justice, dans la version de la loi précitée belge du 31 janvier 2009, constitue un échec. Cette loi n'a pas connu le succès escompté.²⁸ Les repreneurs potentiels rechigneraient à soumettre des propositions de reprise dans la mesure où ils estimeraient les contraintes légales trop dissuasives. La loi belge du 27 mai 2013 « modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises » a également procédé à une réforme de l'article 61 de la loi précitée du 31 janvier 2009 en abrogeant notamment le principe comme quoi les droits et obligations des travailleurs qui résultent pour le cédant des contrats de travail existant au moment du transfert de l'entreprise sont transférés aux cessionnaires.

La loi belge, dans sa nouvelle mouture, renvoie à une convention collective de travail, conclue au sein du Conseil national du travail intersectoriel et rendue obligatoire par le Roi pour préciser les modalités du transfert des droits et obligations des salariés concernés par le transfert sous autorité de justice. Un accord comparable à cet instrument fréquemment utilisé en Belgique est prévu par l'article L. 165-1 du Code du travail luxembourgeois, mais demeure largement inappliqué. En Belgique, la mission du tribunal du travail chargé de l'homologation se limite désormais à vérifier si les conditions légales sont remplies par les parties signataires et si l'ordre public a été respecté. Le juge du travail n'est plus tenu de se prononcer, de surcroît dans l'urgence, sur le contenu du plan.

Le Conseil d'État suggère de s'inspirer des modifications apportées à la loi belge dans la mesure où la réforme tient compte des blocages constatés lors de l'application de la loi dans sa version initiale. Aux yeux du Conseil d'État, la perspective d'une continuation de l'entreprise, et dès lors du maintien de l'emploi, doit prévaloir sur d'autres considérations.

Le paragraphe 4 de l'article sous examen se situe également dans le contexte des dispositions de l'article 5 de la directive en ce qu'il autorise un transfert sélectif des salariés. Il interdit toutefois un choix qui serait dicté par des raisons autres que « techniques, économiques ou organisationnelles ».

Ce faisant, le libellé interdit toute forme de discrimination sur base notamment du sexe, d'une supposée origine ethnique ou de l'âge. Est également prohibée toute sélection excluant des délégués du personnel.

En Belgique, une jurisprudence assez fournie a déjà sanctionné le non-respect du texte et de l'esprit de la loi. Selon le paragraphe 5, l'homologation de l'acte d'accord peut être demandée au tribunal du travail, par le cessionnaire, le cédant ou le mandataire de justice. Elle n'est pas obligatoire. Elle ne peut pas non plus être demandée par les représentants des salariés. Toutefois, ces derniers sont convoqués et « entendus » mais non « consultés ». Selon le libellé du paragraphe 5 sous avis, le tribunal du

²⁸ Voir notamment Journal des Tribunaux du 22 février 2014, *op. cit.*

travail « statue en urgence ». Aucune procédure d'urgence particulière devant le tribunal du travail n'est toutefois prévue.

L'article 56 fait souvent référence au « cédant ». Il s'agit d'une vente d'éléments d'actif du débiteur. Si la Chambre des députés devait suivre les observations du Conseil d'État à l'endroit de l'article 57, l'utilisation du terme « cédant » deviendrait inappropriée. Pourquoi ne pas continuer à utiliser la notion de « débiteur » ?

Articles 57 à 59 (55 à 57 selon le Conseil d'État)

Les articles sous examen règlent les modalités de la vente de tout ou partie de l'entreprise.

Aux termes de l'article 57, alinéa 1^{er}, seule « la vente ou la cession des actifs mobiliers ou immobiliers nécessaires ou utiles au maintien de tout ou partie de l'activité économique de l'entreprise » est envisagée. La vente ou la cession des actions ou parts sociales du débiteur personne morale, qui entraînerait une dépossession du ou des associés du débiteur, n'est pas prévue.

La vente ou la cession de tout ou partie de l'entreprise entraînera la question du sort des contrats en cours, alors qu'il n'existe au Luxembourg, pour l'instant, pas de disposition légale régissant la cession de contrats. Après avoir analysé le droit commun de la cession des droits et obligations, M. Verougstraete conclut qu'« en pratique donc il faudra dans la majorité des cas obtenir l'accord du cocontractant du débiteur pour céder les contrats en cours »²⁹. Le mandataire de justice devra ainsi contacter les cocontractants du débiteur pour obtenir leur consentement en cas de transfert sous autorité de justice, alors que ces contrats peuvent être essentiels pour le maintien de l'activité de l'entreprise et qu'un refus pourrait affecter la viabilité de l'entreprise.

Le mandataire de justice doit organiser et réaliser la vente ou la cession visée à l'article 57, alinéa 1^{er}. À cet effet, il « sollicite 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 » et « élabor[er]a un ou plusieurs projets de vente concomitants ou successifs » en y joignant les projets d'acte de vente (article 57, alinéa 2).

Si la vente porte sur des biens immobiliers, le projet d'acte est établi par un notaire désigné par le mandataire de justice et est accompagné d'un rapport d'évaluation et d'un certificat du conservateur des hypothèques (article 58, alinéa 1^{er}). L'article 58 reste muet sur l'auteur de l'évaluation de l'actif immobilier. Il faudra donc le préciser. Le libellé proposé pourrait laisser entendre que ce serait au notaire d'établir le rapport d'évaluation. Tel ne saurait toutefois être le cas en ce que les évaluations immobilières ne relèvent pas des fonctions d'un notaire.

Les projets d'acte de vente pourront-ils être négociés avec les cessionnaires potentiels avant l'audience du tribunal ? Est-ce que le mandataire de justice peut ne pas retenir des offres dont il estime que le tribunal ne les retiendra pas ? Selon M. Verougstraete, il n'appartient pas au

²⁹ *Op. cit.*, n° 2.5.6.32, p. 234

mandataire de justice de choisir³⁰; partant le mandataire de justice devrait transmettre toutes les offres reçues au tribunal, et ce serait à ce dernier de choisir. Est-ce bien l'intention des auteurs du projet de loi ? Si le mandataire de justice dispose d'une possibilité d'écarter des offres, ne serait-ce que les plus farfelues, est-ce que les cessionnaires ainsi écartés pourront demander à ce que leur offre soit néanmoins examinée par le tribunal ?

À noter qu'en vertu de l'article 57, alinéa 2, la priorité sera donnée par le tribunal à l'offre garantissant la permanence de l'emploi seulement dans l'hypothèse où les offres sont comparables.

Est-ce que les projets d'acte devront être complets et prêts à la signature ou, s'il devait y avoir des questions encore en suspens, appartiendra-t-il au tribunal de décider si la condition de l'article 57, alinéa 3, est remplie ?

Se pose ainsi la question de la chronologie des étapes à suivre. Ceci d'autant plus que l'article 57, alinéa 2, précise que « en cas de pluralité d'offres comparables, la priorité est accordée par le tribunal à celle qui garantit la permanence de l'emploi par un accord salarial négocié » (soulignement ajouté). Cet accord devra-t-il être négocié lors de la soumission des offres par les cessionnaires potentiels ou est-ce que la négociation ne débute qu'après l'autorisation judiciaire ? Est-ce que, nonobstant l'article 57, alinéa 3, qui parle de « projet d'acte », les offres soumises au tribunal peuvent être des contrats de vente en bonne et due forme signés par le mandataire de justice, au nom et pour compte du débiteur, voire par le débiteur lui-même avec, comme condition suspensive, l'autorisation du tribunal accordé en application de l'article 59 et, s'il y a des contrats de travail, une condition suspensive supplémentaire, à savoir l'homologation du tribunal de travail en application de l'article 56, paragraphe 5 ?

Le projet de loi semble ne s'intéresser qu'aux actifs situés au Luxembourg, dans la mesure où il mentionne un acte notarié pour la vente d'immeubles et une vente publique par huissier de justice pour les actifs mobiliers si le projet de vente prévoit une telle vente. Qu'en est-il des actifs, mobiliers ou immobiliers, situés à l'étranger ? Une vente d'un immeuble situé à l'étranger ne passe pas nécessairement par un acte notarié. Se pose ainsi la question de l'opposabilité aux tiers. En matière de scission, l'article 303, paragraphe 2, de la loi modifiée du 10 août 1915 procède par un renvoi plus général en édictant que « le transfert des droits de propriété industrielle et intellectuelle ainsi que des droits réels autres que les sûretés réelles sur meubles et immeubles n'est opposable aux tiers que dans les conditions prévues par les lois spéciales qui régissent ces opérations ».

Le 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.

³⁰ *Op. cit.*, n° 2.5.6.34, p. 235

Les projets de vente établis par le mandataire de justice sont communiqués au juge délégué et, au moins deux jours avant l'audience du tribunal, au débiteur (article 57, alinéa 3). Le juge délégué est-il, s'il y a eu procédure de réorganisation judiciaire, celui désigné à l'article 14, alinéa 2, du projet de loi, alors même que cette procédure a pris fin ? S'il n'y a pas eu de procédure de réorganisation judiciaire, le tribunal devra-t-il en désigner un ou s'agit-il du juge désigné en application de l'article 54, paragraphe 3, alinéa 2, alors même que cet article fait référence à l'« exécution du transfert » ? Dans la première hypothèse, ne faudrait-il pas compléter l'article 54 ?

Le tribunal doit être saisi par une requête du mandataire de justice (article 57, alinéa 4). Dans la mesure où l'article 59, paragraphe 1^{er}, alinéa 3 dispose que « lorsqu'un projet de vente retient plusieurs propositions émanant de candidats acquéreurs différents ou comportant des conditions distinctes, le tribunal décide », la requête devrait logiquement décrire les différentes offres reçues par le mandataire de justice.

Préalablement au dépôt de cette requête, le débiteur doit être convoqué par le mandataire de justice (article 58, alinéa 3). « L'objectif est de vérifier que les actifs ne seront pas cédés à vil prix. »³¹

Le tribunal doit entendre le débiteur, les personnes visées à l'article 58, alinéa 2, ainsi que les représentants des salariés visés à l'article 59, paragraphe 1^{er}, alinéa 2. La loi en projet ne prévoit pas que le ou les cessionnaires potentiels ni les bénéficiaires d'une garantie financière seront entendus.

Le tribunal statue sur rapport du juge délégué et vérifie si les conditions de l'article 57, alinéa 2, sont remplies. Ainsi le tribunal doit fonder sa décision d'autorisation de transfert sur trois critères : le maintien de l'emploi, qui bénéficie d'une priorité en cas de pluralité d'offres comparables (article 57, alinéa 2), le maintien de tout ou partie de l'entreprise et les droits des créanciers, c'est-à-dire le prix de vente. Le critère du maintien de l'emploi n'est toutefois prioritaire qu'en présence d'un accord social négocié. Cette dernière expression – inexistante à ce jour en droit luxembourgeois mais figurant dans le libellé de l'article 62 de la loi belge – présuppose une négociation collective avec les syndicats représentatifs sur le plan national. C'est à ce stade que la conclusion d'un « accord social négocié » avec les syndicats peut, le cas échéant, faire pencher la balance, en présence d'une pluralité d'offres comparables, vers celle reposant sur un accord avec les syndicats. Toutefois, la décision appartiendra au tribunal compétent en matière commerciale et non plus au tribunal du travail ayant statué sur l'homologation de l'accord de transfert. En pratique, il sera difficile d'apprécier concrètement le caractère comparable de deux ou plusieurs offres.

Sauf à admettre que les dispositions du Code du travail relatives aux licenciements collectifs figurant au livre Ier titre VI, chapitre VI relatif aux articles L. 166-1 et suivants puissent trouver application, une hypothèse exclue ne serait-ce que par l'incompatibilité des délais de négociation avec les impératifs d'urgence propres aux décisions de transfert sous autorité de justice, les dispositions du Code du travail sur les relations collectives du

³¹ M. Verougstraete, *op. cit.*, n° 2.5.6.36, p. 236

travail ne prévoient pas l'hypothèse où les syndicats accepteraient, dans le cadre d'un accord, une réduction du nombre des salariés voire des licenciements économiques pour envisager ainsi la survie d'une entreprise ou d'une partie d'une entreprise. La nouvelle mission, non autrement circonscrite quant aux modalités d'application (à l'opposé des dispositions figurant au livre I^{er}, titre II du Code du travail en rapport avec les négociations d'une convention collective de travail), n'est pas sans soulever des questions que les tribunaux seront, le cas échéant, amenés à trancher.

Sur ce dernier point, l'article 58, alinéa 2, permet, lorsque la vente porte sur un immeuble ou un fonds de commerce, au débiteur ou aux personnes qui disposent d'une inscription ou d'une mention marginale sur l'immeuble ou une inscription sur le fonds de commerce, que l'autorisation judiciaire de transfert soit subordonnée à certaines conditions, telles que la fixation d'un prix de vente minimum. Pourquoi est-ce que le débiteur ou ces personnes doivent procéder par requête pour demander au tribunal d'assortir son autorisation à un prix minimum ou d'autres conditions, puisqu'ils sont entendus par le tribunal ? Le tribunal peut, mais ne doit pas, assortir sa décision de telles conditions. Dans ce cas, le mandataire de justice doit-il négocier avec le cessionnaire des modifications au projet d'acte ou bien à l'acte déjà signé ? Si le cessionnaire refuse, le mandataire de justice doit-il déposer une nouvelle requête en application de l'article 57, alinéa 4, après avoir convoqué le débiteur, au sujet des offres mentionnées dans la requête initiale ou, s'il s'agit de la seule offre retenue par le mandataire de justice, recommencer la procédure de sollicitation d'offres ?

Si le projet de vente prévoit une vente publique d'actifs mobiliers, le tribunal doit désigner un huissier de justice qui procédera à la vente (article 59, paragraphe 1^{er}, alinéa 4).

Le jugement est publié par extrait au Mémorial C et communiqué aux créanciers par le mandataire de justice (article 59, paragraphe 2). Le Conseil d'État propose d'y ajouter une publication dans des journaux luxembourgeois. Il renvoie à ses observations sous l'article 21. Le jugement est soumis aux règles ordinaires d'appel en matière commerciale. Le projet de loi n'indique pas si le jugement est notifié au débiteur par le greffe du tribunal ou lui est notifié par le mandataire de justice.

Finalement, signalons que l'article 62 de la loi belge sur la continuité des entreprises, qui a servi de fondement à l'article 57 de la loi en projet, a été substantiellement amendé par l'effet de la loi du 27 mai 2013.

À l'article 59, alinéa 1^{er}, il convient de remplacer « conseil d'entreprise » par « conseil d'administration ».

Articles 60 et 61 (58 et 59 selon le Conseil d'État)

L'article 60 prévoit que la vente doit avoir lieu conformément au projet d'acte admis par le tribunal ou, s'il s'agit d'immeubles, par l'office du notaire instrumentaire. La répartition du prix de vente des meubles est effectuée conformément aux articles 792 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, celui des immeubles conformément aux articles 888 et suivants de ce code. Par l'effet de cette vente, l'article 61 prévoit que « les droits des créanciers sont reportés sur le prix ».

S'il n'y a pas eu de procédure de réorganisation judiciaire antérieurement à la décision du tribunal de procéder à un transfert sous autorité de justice (situation visée à l'article 54, paragraphe 2, point 1°), comment se déroulera la détermination de la liste des créances ?

Le projet de loi ne traite pas des créances qui se rapportent à des prestations effectuées à l'égard du débiteur pendant la procédure de transfert sous autorité de justice, à l'instar de ce qui est prévu par l'article 32 pour une procédure de réorganisation judiciaire. Est-ce que ces articles 60 et 61 s'appliquent aussi à ces créanciers ?

Article 62 (60 selon le Conseil d'État)

Après la réalisation et l'exécution du transfert sous autorité de justice, le mandataire de justice demandera par requête au tribunal la clôture de la procédure de réorganisation judiciaire ou la décharge de sa mission. Le rôle du juge nommé conformément à l'article 54, paragraphe 3, alinéa 2, n'est pas précisé. Il fera certes un rapport au tribunal sur l'exécution du transfert, mais qu'est-ce que le tribunal fera de ce rapport, qui ne semble pas être communiqué au débiteur ou au mandataire de justice ?

Le débiteur personne morale pourra être obligé par le tribunal de convoquer une assemblée générale avec la dissolution à l'ordre du jour. L'autre alternative qui lui reste, mais dont le projet de loi ne parle pas, est de faire aveu de faillite. Ces deux cas semblent logiques, alors que les actifs « nécessaires ou utiles au maintien de tout ou partie de l'activité économique de l'entreprise » ont été cédés et qu'il ne reste au débiteur plus rien qui lui permettrait de continuer son activité.

Le Conseil d'État s'interroge sur le sens à donner aux termes « s'il se justifie qu'elle soit poursuivie pour d'autres objectifs ». Quels peuvent être ces objectifs qui justifieraient que la procédure soit continuée alors que l'entreprise n'a plus d'actifs lui permettant de continuer son activité ?

Article 63 (61 selon le Conseil d'État)

La décision de clôture de la procédure de réorganisation judiciaire décharge le cessionnaire de ses obligations autres que celles mentionnées dans l'acte de transfert. Comment doit-on comprendre cet article, alors que le cessionnaire n'est de toute façon lié que par les obligations qui s'imposent à lui du fait de l'acte de transfert et éventuellement, si le tribunal y consent, du fait du jugement fixant des conditions conformément à l'article 58, dernier alinéa ; ce à quoi l'article sous examen ne fait pas référence ? Enfin, la décision de clôture intervient après l'exécution du transfert, de sorte que le cessionnaire n'est plus intéressé par la poursuite de la procédure.

Article 64 (62 selon le Conseil d'État)

Pendant la période entre le jugement ouvrant la procédure (article 55) et celui autorisant le transfert sous autorité de justice (article 62), « les voies d'exécution du chef des créances sursitaires à charge de la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du débiteur » sont suspendues.

Cet article n'appelle pas d'observation.

Article 65 (63 selon le Conseil d'État)

D'après l'article sous examen, le débiteur personne physique, dont l'entreprise a fait l'objet d'un transfert sous autorité de justice en totalité, peut être déchargé par le tribunal des dettes existantes au moment du jugement ordonnant ledit transfert, s'il est malheureux et de bonne foi. Pour ce faire, il doit saisir le tribunal par voie de requête trois mois au plus tard après le jugement en question.

Le Conseil d'État note que le débiteur « peut » être déchargé des dettes existantes par le tribunal et que l'article sous avis ne prévoit du reste pas de critères pour l'application de la décharge des dettes. Les critères d'application n'étant pas suffisamment précisés, ce qui est source d'insécurité juridique, le Conseil d'État exige sous peine d'opposition formelle que la disposition soit reformulée en délimitant de manière précise le cadre de son application.

L'alinéa 2 de l'article sous examen semble faire débiter le délai de trois mois à compter de la date du jugement. Il semble surprenant de faire commencer un délai de recours en matière civile et commerciale à compter de la date du jugement. Il y a lieu de retenir la date de la signification du jugement comme point de départ du délai de recours.

L'article sous rubrique ne prévoit que la situation du débiteur personne physique. Les membres de l'organe de gestion du débiteur personne morale ne sont pas concernés. Cependant, à l'instar de la modification introduite par la loi belge du 27 mai 2013 à l'endroit de l'article 70 de la loi belge du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises, le conjoint ou partenaire, ex-conjoint ou ex-partenaire, devrait pouvoir bénéficier de cette décharge.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 28 en ce qui concerne la mention à l'alinéa 4 des « codébiteurs » et « sûretés personnelles ».

Il y a lieu de souligner dans ce contexte que dans le cadre de la loi du 13 février 2013 sur le surendettement (article 2), le commerçant, personne physique, qui a « cessé son activité commerciale depuis au moins 6 mois ou, en cas de faillite, si la clôture des opérations a été prononcée », peut accéder à la procédure de règlement collectif des dettes.

Cette situation est évidemment bien moins favorable que celle envisagée dans le contexte du projet sous avis.

Par contre, les codébiteurs et cautions sont traités bien plus favorablement dans le cadre de la loi sur le surendettement dans la mesure où, aux termes de l'article 41(2) de cette dernière loi, « les remises de dettes sur le principal ou sur les accessoires, les mesures de rééchelonnement du crédit, la réduction du taux d'intérêt consenties dans le cadre d'un plan ou accordées par un jugement dans le cadre de la présente loi au profit du débiteur surendetté bénéficie également aux cautions ayant garanti

l'engagement du débiteur surendetté ainsi qu'aux co-obligés et codébiteurs du débiteur surendetté ».

Article 66 (64 selon le Conseil d'État)

L'article 66, paragraphe 1^{er}, renvoie aux articles 455 et 456 du Code de commerce en ce qui concerne les critères de désignation des mandataires de justice. L'article 455 du Code de commerce, tel que modifié par l'article 86, point 9) de la loi en projet, indique que « les curateurs aux faillites sont choisis parmi les avocats ou choisi[s] parmi les experts assermentés désignés en tant que mandataires de justice en application de la loi du 7 juillet 1971 portant, en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés et complétant les dispositions légales relatives à l'assermentation des experts, traducteurs et interprètes ».

Les articles 22 et 55 de la loi en projet, concernant la désignation des mandataires de justice lors d'une procédure de réorganisation judiciaire ou dans le cadre d'un transfert sous autorité de justice, mentionnent également la loi précitée du 7 juillet 1971, de sorte qu'il y a une référence superfétatoire à cette loi. En outre, le projet de loi n'énumère pas les avocats parmi les personnes pouvant être désignés comme mandataires de justice, à moins qu'ils ne doivent s'inscrire spécialement sur la liste des experts assermentés.

Le Conseil d'État donne toutefois à considérer que la loi précitée du 7 juillet 1971 ne prévoit pas de liste de mandataires de justice et de curateurs.

Du fait de cette incohérence des textes, le Conseil d'État doit formellement s'opposer au paragraphe 1^{er} de la disposition sous rubrique pour des considérations de sécurité juridique.

Articles 67 et 68 (65 et 66 selon le Conseil d'État)

Les articles sous examen regroupés au sein du chapitre 6 du titre 1 du projet de loi érigent en sanction pénale les débiteurs qui ont profité indûment d'une procédure de réorganisation judiciaire en dissimulant une partie de leur actif ou passif, en exagérant un élément de l'actif ou minimisant un élément du passif, qui ont fait ou laissé sciemment intervenir un ou plusieurs créanciers supposés ou dont les créances ont été exagérées, qui ont omis sciemment un ou plusieurs créanciers de la liste des créanciers ou qui ont fait ou laissé faire sciemment au tribunal ou à un mandataire de justice des déclarations inexactes ou incomplètes sur l'état de leurs affaires ou sur les perspectives de réorganisation.

De même seront sanctionnés pénalement ceux qui frauduleusement ont, sans avoir la qualité de créancier, participé au vote sur le plan de réorganisation, ceux qui ont exagéré leur créance et ceux qui se sont vus accorder des avantages particuliers en vue de leur vote sur le plan de réorganisation ou qui ont obtenu un avantage à charge de l'actif du débiteur.

Les sanctions pénales prévues sont un emprisonnement d'un mois à deux ans et une amende de 25 à 125.000 euros, ou l'une de ces peines seulement.

Outre le fait qu'une erreur rédactionnelle a pu se glisser à propos du montant minimum de l'amende, le Conseil d'État demande, tout comme certaines autorités judiciaires ayant avisé le projet de loi, que l'amende soit fixée conformément à l'article 16 du Code pénal au minimum à 251 euros.

Titre 2

Le titre 2, qui comprend les articles 69 à 85 du projet de loi, introduit une procédure de dissolution administrative sans liquidation. Selon l'exposé des motifs, « le mécanisme doit permettre de procéder à une dissolution administrative sans liquidation d'une société [commerciale] sans ouverture d'une procédure formelle de faillite ou de liquidation judiciaire complète suivant les dispositions du Code de commerce [ou] de l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 ». L'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 précitée permet au tribunal du siège d'une société, à la requête du procureur d'État, de prononcer la dissolution et ordonner la liquidation d'une société commerciale soumise à la loi luxembourgeoise lorsque cette société « poursuit des activités contraires à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris en matière d'établissement ».

D'après l'exposé des motifs, il est nécessaire d'instituer une procédure « permettant d'évacuer [les] « coquilles vides » dans un court laps de temps et avec des coûts réduits pour l'État ».

Dans son avis du 3 mai 1977 sur le projet de loi n° 2104, qui est devenu la loi du 19 mai 1978 ayant introduit l'article 203 dans la loi modifiée du 10 août 1915 précitée, le Conseil d'État avait observé que « le projet de loi soumis au Conseil d'État le 8 février 1977 tend à ajouter à la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales un nouvel article portant le No 203 et conférant au tribunal d'arrondissement le droit de prononcer la dissolution et d'ordonner la liquidation de toute société qui se mettrait en position illégale caractérisée. Il est, en effet, hautement indésirable que des sociétés, régulièrement constituées en la forme, s'abstiennent d'exercer une activité sociale, de renouveler périodiquement leurs organes, d'arrêter et de publier, s'il y a lieu, leurs comptes annuels et qu'elles continuent ainsi à végéter sans raison économique valable. Il est de plus préjudiciable à la réputation d'une place financière que des sociétés exerçant des activités contraires à la loi pénale puissent s'y maintenir, sans qu'il existe une possibilité légale de leur retirer la personnalité civile que notre législateur leur a permis d'acquérir avec un minimum de formalités et de contrôles ».

La procédure de dissolution administrative sans liquidation est un curieux mélange entre procédure judiciaire et procédure administrative. L'initiateur en est le procureur d'État ; la suite de la procédure relève du gestionnaire du registre de commerce et des sociétés et le tribunal d'arrondissement intervient en cas de recours.

Le Conseil d'État se demande si une solution plus simple ne pourrait pas consister dans l'ajout d'un article 203-2 dans la loi précitée du 10 août 1915 prévoyant le prononcé de la dissolution par le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale de sociétés ne possédant plus d'actifs et n'ayant plus de salariés à leur service selon la procédure de l'article 203 mais sans toutefois en ordonner la liquidation.

Article 69 (67 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen énumère les sociétés commerciales qui peuvent faire l'objet d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation. Il s'agit, d'une part, de toute société commerciale qui rentre dans le champ d'application de l'article 437 du Code de commerce, qui n'a pas de salariés déclarés auprès du Centre commun de la sécurité sociale et dont l'actif ne dépasse pas le seuil fixé par règlement grand-ducal et, d'autre part, de toute société commerciale qui rentre dans le champ d'application de l'article 203, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, qui n'a pas de salariés déclarés auprès du Centre commun de la sécurité sociale et dont l'actif ne dépasse pas le seuil fixé par règlement grand-ducal.

Le Conseil d'État doit s'opposer formellement à la condition que l'actif de la société commerciale concernée ne dépasse pas le seuil visé dans un règlement grand-ducal. En effet, s'agissant d'une matière concernant la liberté de commerce, l'article 69 du projet de loi ne contient aucun cadrage normatif essentiel permettant à la loi de renvoyer à un règlement grand-ducal le soin de déterminer le montant de l'actif visé et la composition des éléments d'actifs.

Dans la mesure où la procédure de dissolution administrative sans liquidation est initiée par le procureur d'État, le Conseil d'État s'interroge si celui-ci est outillé afin d'apprécier si la condition de l'actif est remplie, surtout au regard de sociétés commerciales qui n'ont pas déposé leurs comptes annuels ou dont les derniers comptes annuels ainsi déposés remontent à plusieurs années. Il appartiendra au procureur d'État de décider si une procédure au titre de l'article 203 de la loi précitée du 10 août 1915 n'est dans ce cas pas plus appropriée.

En ce qui concerne l'absence de salariés déclarés auprès du Centre commun de la sécurité sociale, il convient de tenir compte de situations – bien que rares en pratique, s'agissant de petites structures sociétaires – dans lesquelles des salariés sont inscrits auprès d'organismes de sécurité sociale à l'étranger.

Article 70 (68 selon le Conseil d'État)

L'article 70 exclut du champ d'application de la procédure de dissolution administrative sans liquidation un certain nombre de sociétés commerciales. Cette énumération se recoupant avec celle de l'article 3 du projet de loi sous avis, le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit de cet article 3.

Article 71 (69 selon le Conseil d'État)

L'article sous rubrique mentionne, de manière non limitative, les documents qui permettent au procureur d'État d'identifier les sociétés commerciales susceptibles de faire l'objet d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation.

Le Conseil d'État recommande qu'un certificat du Centre commun de la sécurité sociale soit expressément énuméré, alors que l'absence de

salariés déclarés auprès du Centre commun est une condition d'ouverture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation.

L'alinéa 2 précise que « l'absence d'actif est présumée si un procès-verbal de carence a été dressé par un huissier de justice dans le cadre d'une procédure d'exécution à l'encontre d'une société commerciale ». Il ne peut s'agir que d'une présomption simple.

D'après l'alinéa 3, le procureur d'État « enjoint par voie d'ordonnance » au gestionnaire du registre de commerce et des sociétés d'ouvrir une procédure de dissolution administrative sans liquidation « lorsqu'il existe des indices précis et concordants sur base de l'analyse sommaire effectuée qu'une société commerciale remplit les conditions fixées à l'article 69 1° ou 2° ».

D'une part, cette injonction par voie d'ordonnance doit être remplacée par une réquisition du procureur d'État, de sorte qu'il faut écrire « le procureur d'État requiert le gestionnaire ... ».

D'autre part, les termes « analyse sommaire » et « indices précis et concordants » sont pour le moins vagues : pour le procureur d'État, soit une société commerciale remplit les conditions de l'article 69, points 1° ou 2°, soit elle ne les remplit pas. S'agissant d'une procédure qui a des répercussions non négligeables, puisqu'une société commerciale est dissoute sans liquidation, le Conseil d'État insiste à ce que ces termes vagues soient précisés.

En ce qui concerne le dernier alinéa, il convient de supprimer la référence aux « commerçants » et mentionner les « sociétés commerciales », alors que seule une société commerciale peut faire l'objet d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation. Le Conseil d'État exige sous peine d'opposition formelle pour des considérations de sécurité juridique d'omettre les termes « liquidation sous forme ordinaire » pour mentionner la liquidation judiciaire prévue à l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915. Une « liquidation ordinaire » n'est pas un terme consacré et peut entraîner une confusion avec la « liquidation volontaire » des articles 141 et suivants de la loi précitée du 10 août 1915.

Article 72 (70 selon le Conseil d'État)

Il appartient au gestionnaire du registre de commerce et des sociétés d'ouvrir la procédure de dissolution administrative sans liquidation après avoir été requis à cet effet par le procureur d'État.

La formulation de l'alinéa 1^{er} est maladroite. Il conviendra d'écrire :
« Le gestionnaire du registre du commerce et des sociétés ... trois jours de la réquisition visée à l'article 71 (69 selon le Conseil d'État), alinéa 3. Il notifie la décision d'ouverture ...et procède à sa publication ... ».

L'ouverture d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation devrait aussi être publiée dans des journaux luxembourgeois, une publication sur le site Internet du registre de commerce et des sociétés pouvant s'avérer insuffisante afin d'informer les tiers de l'ouverture d'une telle procédure.

Article 73 (71 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen énumère les informations devant être publiées par le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés.

Il convient d'y ajouter la date de publication sur le site Internet du registre de commerce et des sociétés, alors que les délais de recours commencent à courir à partir de cette date de publication. Une telle précision n'a pas lieu d'être en cas de publication dans des journaux.

Aucune sanction n'est attachée à l'inobservation de cette obligation d'information, sauf, selon les règles de la procédure administrative non contentieuse, pour les délais de recours.

Article 74 (72 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen détermine le régime des déclarations de créance qui doivent être fournies par les créanciers de la société qui fait l'objet d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation. L'alinéa 1^{er} précise que « le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés n'assume aucune responsabilité en cas de discordance entre les documents ainsi présentés [à savoir des déclarations de créances présentées sur support papier et sur support électronique] et procède aux inscriptions au tableau des déclarations de créances dans l'ordre de leur acceptation au dépôt ». Cette disposition soulève plusieurs interrogations : Quelle est la discordance qui est visée ? L'inscription des déclarations de créances dans l'ordre de leur acceptation implique-t-elle que les déclarations de créances en contradiction par rapport à celles présentées en premier lieu seraient écartées ? Le terme « acceptation » ne présuppose-t-il pas nécessairement un contrôle des déclarations de créances entraînant que la responsabilité du gestionnaire ne saurait le cas échéant être évitée ?

Qui va vérifier l'exactitude des déclarations de créances ? À quoi serviront-elles, puisqu'aucune disposition de la loi en projet n'établit une distribution des avoirs de la société concernée, l'article 84 se contentant d'indiquer qu'une partie de l'actif récupéré servira à payer les frais du gestionnaire du registre de commerce et des sociétés et « un éventuel solde de l'actif récupéré est déposé à la caisse de consignation » ? Si une procédure de faillite est ouverte en application de l'article 77 ou de l'article 80 (articles 75 ou 78 selon le Conseil d'État), est-ce que les déclarations de créances déposées conformément à l'article sous rubrique devront être réitérées dans le cadre de cette procédure de faillite ?

L'alinéa 2 est superfétatoire alors que le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés peut toujours mettre à disposition des formulaires, sans que l'utilisation de ces derniers soit obligatoire.

À l'alinéa 3, il convient de préciser que la publication visée pour déterminer l'expiration du délai maximum de six mois est celle sur le site Internet du registre de commerce et des sociétés et, éventuellement, de la publication dans les journaux luxembourgeois si la Chambre des députés devait faire sienne l'observation afférente du Conseil d'État formulée à l'endroit de l'article 72. Finalement, au regard du fait que la signature exigée peut être manuscrite ou électronique, le Conseil d'État se demande si

la forme de la déclaration de créances qui s'applique est celle de l'article 498 du Code de commerce, tel qu'il est proposé de le modifier par l'article 86, point 33), du projet de loi sous avis.

Article 75 (73 selon le Conseil d'État)

D'après cet article, le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés vérifie l'actif de la société concernée afin de confirmer que la condition de l'article 69 relative au dépassement du seuil qui y est fixé ainsi que celle concernant l'absence de salariés sont données.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations sur la fixation du seuil et sur la date de publication faites respectivement à l'endroit des articles 69 et 74.

Le Conseil d'État aurait souhaité que le projet de règlement grand-ducal, qui d'après l'alinéa 2 de l'article sous examen est obligatoire, lui ait été communiqué, alors qu'il a des difficultés à comprendre la signification du contenu que les auteurs du projet de loi veulent lui donner.

Article 76 (74 selon le Conseil d'État)

Le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés doit informer le procureur d'État lorsqu'il estime que les conditions de l'article 69 ne sont pas ou plus remplies. Le fait de mentionner que les conditions de l'article 69 « ne sont pas ou plus remplies » signifie-t-il que le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés devra informer le procureur d'État si, par suite d'un changement de circonstances intervenu après que le gestionnaire a été saisi, les conditions étaient remplies au moment de la réquisition du procureur d'État, mais ne le sont plus par après ? L'article 78 de la loi en projet ne fait que mentionner que les conditions de l'article 69 ne sont pas remplies.

Le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés doit aussi informer le procureur d'État, « quand sur base des informations recueillies, [il] constate qu'une procédure d'insolvabilité est plus appropriée ». Il s'agit d'une vérification d'opportunité qui présuppose une analyse économique. Le Conseil d'État doute que le gestionnaire du registre de commerce et le procureur d'État soient suffisamment outillés pour faire une telle analyse. Que fera le procureur d'État de cette information, alors que l'article 77 ne lui permet que de saisir le tribunal d'arrondissement afin de demander l'ouverture, soit d'une procédure de faillite, soit d'une liquidation judiciaire ? Au vu de cette incohérence qui est source d'insécurité juridique, le Conseil d'État s'oppose formellement à la disposition sous examen.

Article 77 (75 selon le Conseil d'État)

Suite à l'information qui lui a été fournie par le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés en application de l'article 76, le procureur d'État dispose de quinze jours pour saisir le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale en vue de l'ouverture d'une procédure de faillite ou de liquidation judiciaire.

Quelle est la sanction si le procureur d'État ne saisit pas le tribunal d'arrondissement ou ne le fait que tardivement, alors qu'il a été informé par le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés que les conditions de l'article 69 ne sont pas ou plus remplies ? Est-ce que la procédure de dissolution administrative sans liquidation continue, alors qu'elle ne devrait pas ?

L'alinéa 1^{er} prévoit une saisine du tribunal d'arrondissement par voie de citation pour les faillites et par voie de requête pour les liquidations. Il convient de procéder par voie de requête dans les deux cas.

D'après l'alinéa 2, le tribunal d'arrondissement « procède dans un seul jugement à la clôture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation et, le cas échéant, à l'ouverture d'une procédure de faillite ou de liquidation ».

Il convient cependant que les conditions d'ouverture d'une procédure de faillite ou de liquidation judiciaire soient remplies. Que se passe-t-il si elles ne le sont pas, alors même que les conditions de l'article 69 ne sont pas remplies ? Est-ce que le tribunal peut se limiter à ne prononcer que la clôture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation alors même que l'on peut se poser la question s'il appartient au tribunal de prononcer la clôture d'une dissolution administrative sans liquidation dans la mesure où il n'a pas prononcé l'ouverture de cette procédure ? Si le tribunal devait prononcer la clôture de la procédure, il faudrait procéder à la publication du jugement de la même manière que celle relative à l'ouverture de la procédure. L'article sous examen est cependant muet à ce sujet.

À la fin de l'alinéa 2, il convient de mentionner la « procédure de faillite ou de liquidation judiciaire », à l'instar de l'article 80, alinéa 4.

Article 78 (76 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen ouvre un recours à la société commerciale concernée par la procédure de dissolution administrative sans liquidation ainsi qu'à tout tiers intéressé.

Selon l'alinéa 1^{er}, le recours est porté devant le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. Le Conseil d'État ne s'oppose pas à cette compétence, alors que le recours s'exerce contre la décision du gestionnaire du registre de commerce et des sociétés et non contre une décision d'un tribunal.

Le délai d'un mois pour former le recours court à compter de la seule publication sur le site Internet du registre de commerce et des sociétés lorsque la société n'a pas pu être touchée par voie de notification à son siège social. Il convient de préciser qu'il s'agit de la conséquence de la situation visée à l'article 72, alinéa 1^{er}. Si la Chambre des députés devait tenir compte de l'observation du Conseil d'État quant à la publication de la décision d'ouverture dans des journaux luxembourgeois, l'alinéa 2 de l'article sous examen devra être adapté en conséquence.

Le Conseil d'État s'interroge sur la nécessité de notifier le recours au procureur général d'État. Au dernier alinéa, la référence à l'acte d'appel est superflète, les règles des articles 934 à 940 du Nouveau Code de

procédure civile en matière d'appel de référé s'appliquant. Le Conseil d'État donne d'ailleurs à considérer que l'appel est toujours dirigé contre l'adversaire en première instance ; il se demande dès lors pourquoi l'acte d'appel devrait en l'occurrence être signifié au procureur général d'État.

Article 79 (à omettre selon le Conseil d'État)

L'article sous examen précise que le recours du tiers intéressé contre la décision d'ouverture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation est uniquement recevable sous condition d'avancer les frais correspondant au seuil fixé par règlement grand-ducal visé à l'article 69 du projet de loi.

Le Conseil d'État s'interroge en premier lieu sur la nature des frais dont il est également question aux articles 81 et 82 du projet de loi.

Si la Cour européenne des droits de l'homme admet que l'accès à un tribunal peut faire l'objet de diverses limitations, notamment financières, elle pose toutefois comme condition que ces limitations ne sauraient avoir pour effet d'atteindre le droit d'accès à un tribunal dans sa substance même. La limitation de l'accès à un tribunal ne se concilie avec l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable entre les moyens employés et le but visé³².

Le Conseil d'État constate que l'article sous examen pourrait encourir le reproche de la violation de l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Sont dispensés de fournir cette caution, non seulement le débiteur, mais aussi les administrations publiques. Le Conseil d'État donne à considérer à cet égard que les administrations publiques n'ont pas de personnalité juridique et ne peuvent dès lors pas agir judiciairement.

Le Conseil d'État renvoie encore à l'opposition formelle qu'il a formulée à l'endroit de l'article 69 concernant la fixation par voie d'un règlement grand-ducal du seuil maximal d'actifs qu'une société commerciale ne doit pas dépasser pour pouvoir faire l'objet d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation.

Le Conseil d'État doit ainsi s'opposer formellement à l'article sous rubrique. Si l'article sous examen est supprimé, il faudra qu'il en aille aussi pour l'article 81.

Article 80 (77 selon le Conseil d'État)

L'alinéa 1^{er} de l'article sous examen, aux termes duquel le tribunal compétent entend le requérant et examine le bien-fondé de la demande, est vide de sens. Il en est de même de l'alinéa 2. Le Conseil d'État propose d'omettre ces deux alinéas.

³² CEDH, 19 juin 2001, *Kreuz / Pologne*, requête n° 28249/95

L'utilisation des termes « le tribunal compétent » risque en outre d'induire en erreur. D'une part, l'adjectif « compétent » est mal choisi, un tribunal même incompetent en application des règles de procédure civile se devant d'entendre le requérant. D'autre part, ce n'est pas un tribunal à proprement parler qui est saisi. Le Conseil d'État propose de remplacer ce terme par le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

Contrairement à ce qui est prévu à l'article 77, l'alinéa 3 (1^{er} selon le Conseil d'État) prévoit clairement que le tribunal peut rapporter la décision d'ouverture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation et qu'une procédure de faillite ou de liquidation judiciaire ne peut être ouverte que si les conditions d'ouverture de ces procédures sont remplies.

À l'alinéa 4 (2 selon le Conseil d'État), il faut écrire : « Si le tribunal constate que la société remplit les conditions de l'article 437, alinéa 1^{er}, du Code de commerce ou de l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 ... ».

Le Conseil d'État note une incohérence entre les dispositions de l'article sous avis, envisageant le prononcé de l'ouverture d'une procédure de faillite ou de liquidation judiciaire par un juge unique avec celles de l'article 442 du Code de commerce et de l'article 203 de la loi précitée du 10 août 1915 qui donnent en la matière compétence au tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. Le Conseil d'État s'y oppose formellement pour des raisons de sécurité juridique.

Article 81 (à omettre selon le Conseil d'État)

L'article 81 est lié à l'article 79, alors qu'il traite de la restitution du dépôt de garantie effectué par le tiers intéressé qui a interjeté un recours contre la décision d'ouverture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation. Le Conseil d'État renvoie à ses observations - et à son opposition formelle - qu'il a faites à l'endroit de l'article 79. Si la disposition devait être maintenue, il conviendrait de préciser ce qu'il faut entendre par les « frais et taxes éventuellement dus du fait de son recours déclaré non fondé ».

Article 82 (79 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen concerne la publication de la décision judiciaire qui met fin à la procédure de dissolution administrative sans liquidation.

En ce qui concerne l'alinéa 2 de cet article, le Conseil d'État renvoie à ses observations sous l'article 81. Il relève en tout état de cause que le commentaire afférent à l'alinéa 2 de cet article, selon lequel, contrairement à l'article sous avis, la garantie financière serait rendue au tiers intéressé sans déduction des frais et des taxes est plus logique et est notamment plus en accord avec dispositions de l'article 81. Il demande de redresser cette disposition, si elle devait être maintenue, dans le sens de ce commentaire.

Article 83 (80 selon le Conseil d'État)

D'après l'article sous rubrique, la procédure de dissolution administrative sans liquidation doit se clôturer dans les six mois de la

publication de la décision d'ouverture. La décision de clôture de la procédure est notifiée à la société concernée et publiée sur le site Internet du registre de commerce et des sociétés. Elle entraîne la dissolution de la société. Partant, la société concernée sera rayée du registre de commerce et des sociétés.

Le dernier alinéa de cet article ajoute que la décision de clôture « emporte clôture immédiate de sa liquidation lorsqu'il est constaté que l'actif est inférieur au seuil fixé par règlement grand-ducal sur base des vérifications effectuées en application de l'article 75 ».

Cette phrase est surprenante, dans la mesure où elle renvoie à la clôture immédiate de la liquidation, alors qu'il s'agit d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation. En outre, cette clôture immédiate interviendrait seulement lorsque l'actif est inférieur au seuil fixé par règlement grand-ducal, au sujet duquel le Conseil d'État renvoie à ses observations et à l'opposition formelle à l'endroit de l'article 69. Or le fait que le seuil ne soit pas dépassé est une condition de l'ouverture et de la continuation de la procédure de dissolution administrative sans liquidation. Ce bout de phrase doit donc être supprimé.

Article 84 (81 selon le Conseil d'État)

Les frais du gestionnaire du registre de commerce sont fixés par règlement grand-ducal. S'il y a un actif, ces frais en sont déduits. En l'absence d'actif ou si celui-ci est insuffisant, les frais du gestionnaire sont supportés par l'État. Un éventuel solde de l'actif est déposé à la caisse de consignation.

Est-ce au gestionnaire du registre de commerce et des sociétés de réaliser l'actif afin de le monnayer ? Nulle mention n'est faite des dettes de la société, qui pourraient être désintéressées par le peu d'actif à disposition. L'absence d'indication quant au seuil de l'actif envisagé par les auteurs du projet de loi ne permet pas au Conseil d'État de vérifier si ces questions pourront effectivement se poser en pratique. Mais même si ce seuil devait être assez bas, la question de la réalisation d'un actif illiquide et du désintéressement d'éventuels débiteurs de la société, sans qu'une situation de cessation de paiements soit donnée, pourra se poser.

Le solde de l'actif ne devrait-il pas être distribué aux créanciers ayant déposé une déclaration de créance en application de l'article 74 ?

Article 85 (82 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen traite de la découverte d'actif après la clôture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation.

Dans cette hypothèse, l'alinéa 1^{er} prévoit qu'à condition que les actifs soient supérieurs au seuil visé par règlement grand-ducal, le procureur d'État saisit le tribunal d'arrondissement qui ordonne la liquidation judiciaire en application de l'article 203, paragraphe 3 de la loi modifiée du 10 août 1915.

Cette disposition soulève plusieurs questions :

- comment ouvrir une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre d'une société dissoute sans liquidation ? On ne peut tirer un parallèle avec la situation dans laquelle une société serait mise en faillite après la clôture de sa liquidation, si au moment de cette clôture elle se trouvait en cessation de paiements.
- l'hypothèse envisagée n'entraîne que l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Que se passe-t-il si les conditions de l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 ne sont pas remplies ? D'ailleurs pourquoi avoir visé le seul paragraphe 3 de cet article 203 ?
- est-ce que ce ne devrait pas être l'ensemble de l'actif, à savoir l'actif connu lors de la procédure et l'actif apparaissant après clôture de la procédure, qui devrait être supérieur au seuil fixé par voie réglementaire ?

L'alinéa 2 indique que les actifs consistant en des sommes et valeurs apparaissant pendant la procédure de dissolution administrative sans liquidation ou après sa clôture, mais aussi pendant une procédure de faillite ou de liquidation judiciaire ou après leur clôture, sont déposés à la Caisse de consignation sur ordre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

Le mot « valeur » est particulièrement vague, alors qu'il peut comprendre des valeurs mobilières. Se pose une nouvelle fois la question de la réalisation de l'actif lors d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation (cf. observation sous l'article 84). Quel sera le sort de ces « sommes et valeurs » déposées à la Caisse de consignation ?

Le dépôt se fait sur ordre du tribunal d'arrondissement. Si la situation visée a lieu pendant ou après la procédure de dissolution administrative sans liquidation, qui saisira le tribunal ?

L'alinéa 2 vise non seulement la procédure de dissolution administrative sans liquidation, mais aussi la procédure de faillite et celle de liquidation judiciaire. Les auteurs du projet de loi justifient cette extension par le souci d'unifier la situation dans les différentes procédures d'insolvabilité. Une telle disposition devrait figurer dans la loi en projet uniquement en ce qui concerne la procédure de dissolution administrative sans liquidation. Pour les faillites et la liquidation judiciaire, il faut la mentionner respectivement dans le Code de commerce et la loi modifiée du 10 août 1915. Le choix des auteurs du projet de loi crée ainsi une insécurité juridique liée à l'accessibilité de la loi. Sur le fondement du principe de la sécurité juridique, qui inclut l'intelligibilité de la norme juridique, le Conseil d'État doit dès lors exprimer son opposition formelle à l'égard de ce texte.

Titre 3

Article 86 (83 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État s'interroge sur la plus-value apportée par l'article 438 du Code de commerce que le point 1) propose de modifier. En effet, même si les infractions de banqueroute sont maintenues, la visée de l'article 438 est uniquement annonciatrice.

Si le Conseil d'État approuve la décriminalisation de l'infraction de banqueroute, il considère qu'il y a lieu de maintenir la distinction entre les deux catégories de banqueroute tant dans le texte d'incrimination et de la dénomination que dans l'échelle des peines. L'échelle des peines correctionnelles peut parfaitement être articulée en fonction de la différence de gravité des deux types de banqueroute. Le Conseil d'État reviendra ultérieurement sur la question.

Il convient de faire référence non seulement aux commerçants, mais aussi aux dirigeants de droit ou de fait d'une société commerciale, alors que ces derniers peuvent, au vœu de l'article 576 tel qu'il est proposé de le modifier par le point 53), également être condamnés aux peines de la banqueroute.

Si le texte est maintenu, le Conseil d'État propose de reprendre une proposition de l'article 438 qui a été formulée par le Parquet général.

Point 2) (1) selon le Conseil d'État

Sans observation.

Point 3) (2) selon le Conseil d'État

L'article 440 du Code de commerce est complété par un alinéa supplémentaire pour préciser que le délai d'un mois à compter de la cessation de paiement pour faire aveu de faillite est suspendu aussi longtemps que dure le sursis lié à une procédure de réorganisation judiciaire.

Que se passe-t-il si une procédure de réorganisation judiciaire est ouverte, mais qu'un recours contre la décision d'ouverture de cette procédure est accueilli et que le sursis est révoqué (voir les observations du Conseil d'État à l'endroit de l'article 24 de la loi en projet) ? S'il est considéré que le sursis n'a jamais eu lieu, le délai d'un mois de l'article 440, alinéa 1^{er}, du Code de commerce devra reprendre son cours à la fin de la révocation du sursis. Est-ce que le commerçant ou l'organe de gestion de la société commerciale pourraient engager leur responsabilité pour n'avoir pas respecté ce délai ?

Point 4) (3) selon le Conseil d'État

L'article 442 du Code de commerce est modifié pour prévoir, entre autres, que le tribunal d'arrondissement peut être saisi par le procureur d'État. Il convient de remplacer les termes « soit sur saisine du Procureur d'État » par « soit sur requête du procureur d'État ». Cette modification transforme fondamentalement le rôle du ministère public, qui, de partie jointe, devient partie demanderesse dans une matière économique. Le Conseil d'État renvoie à l'observation qu'il a faite à cet égard dans les considérations générales du présent avis.

Point 5) (4) selon le Conseil d'État)

Le point 5) reprend l'article 4, point 1), du projet de loi n° 5157 portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées³³.

Dans son avis du 11 novembre 2003³⁴, le Conseil d'État avait écrit que :

« Le point 1 introduit dans le Code de commerce à l'endroit de l'article 443, actuellement vidé de son contenu suite à l'abrogation de l'ancien texte par une loi du 8 janvier 1962, une nouvelle disposition permettant d'ouvrir au Luxembourg une procédure de faillite secondaire contre l'établissement luxembourgeois d'un débiteur dont le centre des intérêts principaux est situé dans un autre État membre de l'Union européenne.

Inversement, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un autre État membre de l'Union européenne contre un débiteur disposant également d'un établissement au Luxembourg sera publiée au Mémorial.

Cette nouvelle disposition reprend la substance de l'article 3 du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Il convient de souligner qu'il ne s'agit pas d'une transposition, prohibée en matière de règlement communautaire, mais d'un simple renvoi aux dispositions dudit règlement, y compris à l'acception des termes qui y sont utilisés voire définis, dont notamment la notion d'établissement.

Il doit donc être clair que ce n'est pas le nouvel article 443 qui offre la possibilité d'ouvrir au Luxembourg une faillite secondaire, comme le laisse entendre le commentaire des articles, mais que c'est le règlement communautaire à lui seul qui en constitue la base légale. »

Point 6) (5) selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Point 7) (6) selon le Conseil d'État)

La modification principale apportée par le point sous rubrique à l'article 444-1 du Code de commerce consiste dans un assouplissement de la condition requise pour permettre la condamnation du failli ou des dirigeants de droit ou de fait, associés ou non, apparents ou occultes, rémunérés ou non, de la société faillie à une interdiction d'exercice d'un à vingt ans.

L'article 444-1 du Code de commerce prévoit actuellement que le failli ou le dirigeant de droit ou de fait doit avoir contribué à la faillite « par une faute grave et caractérisée ». La modification proposée vise à remplacer cette faute grave et caractérisée par une « faute de gestion ». La même modification est faite à l'article 495-1 du Code de commerce modifié par le point 30) ci-après en ce qui concerne l'action en comblement de passif.

³³ Retiré du rôle des affaires (Arrêté de retrait du rôle des affaires du 12 avril 2009, doc. parl. n° 5157⁶)

³⁴ Doc. parl. n° 5157³

Les auteurs du projet de loi ont repris l'exemple de la loi française. Se pose dès lors la question de la notion de « faute de gestion ». Ce concept n'est pas inconnu en droit luxembourgeois des sociétés, dans la mesure où l'article 59, alinéa 1^{er}, et par ricochet l'article 192, de la loi modifiée du 10 août 1915 dispose que « les administrateurs sont responsables envers la société conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion ». Est-ce qu'il faudra interpréter la faute de gestion du nouvel article 444-1 du Code de commerce, de même que du nouveau article 495-1 de ce Code, par référence au concept connu en droit français ou au regard de l'article 59 de la loi précitée du 10 août 1915, même si ces deux concepts peuvent être proches l'un de l'autre ?

En outre, que ce soit en droit français³⁵ ou en droit luxembourgeois³⁶, la faute la plus légère (*culpa levissima*) suffit à caractériser la faute de gestion.

Le Conseil d'État estime que retenir une faute de gestion dans l'acception précitée ferait peser sur les faillis ou dirigeants de droit ou de fait une responsabilité trop lourde en cas de survenance d'une situation de faillite, ceci d'autant plus que cette survenance d'une situation de faillite ne constitue pas *ipso facto* une faute de gestion : « il n'y a pas d'obligation d'arrêter l'activité sociale lorsque l'entreprise se trouve dans un état même difficile mais qu'elle a des chances raisonnables d'échapper à la faillite et à la liquidation et que les administrateurs s'y emploient ; au contraire, s'il apparaît, même avant que la cessation des paiements ne soit acquise, que, suivant des prévisions raisonnées, appuyées le cas échéant sur des études sérieuses, l'entreprise n'a pas de chances raisonnables de sortir de ses difficultés, la poursuite de l'activité est fautive »³⁷. « Le dirigeant d'une entreprise assurant un emploi important ne peut et ne doit prendre une décision d'aveu de faillite, dans le respect des conditions légales, qu'en pesant les intérêts économiques présents et appréciables selon les circonstances du moment »³⁸. Il convient ainsi de laisser une certaine marge de manœuvre aux commerçants ou aux dirigeants pour tenter d'apporter une solution à une situation économique difficile et il n'appartient pas au juge de substituer son appréciation à celle du commerçant ou du dirigeant à cet égard. Pouvoir invoquer une faute de gestion, si légère soit elle, risque de faire peser une responsabilité aggravée sur le commerçant ou le dirigeant, qui le poussera à faire aveu de faillite dès qu'une situation économique difficile se présentera au lieu de trouver une solution appropriée pour redresser la situation de l'entreprise et préserver, tant faire se peut, la situation des salariés. Dans la situation envisagée par les auteurs du projet de loi, l'aveu de faillite sera l'acte par lequel le commerçant ou le dirigeant échappera à sa responsabilité aux termes de l'article 444-1 du Code de commerce et de l'action en comblement de passif de l'article 495-1 de ce code, alors qu'il devrait être le recours ultime du commerçant ou du dirigeant d'entreprise qui a épuisé toutes les alternatives raisonnables. L'article 444-1 du Code de commerce, tout comme l'article 495-1 de ce code, tels que modifiés par le projet de loi sous examen, risquent donc de

³⁵ Cf. les références contenues dans l'avis du Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg communiqué au Conseil d'État le 6 septembre 2013

³⁶ Par référence au droit belge : voir Malherbe, de Cordt, Lambrecht, Malherbe, Droit des sociétés ; Bruylant, 2011, n° 1004, p. 657

³⁷ J. Van Ryn, P. Van Ommeslaghe, Examen de jurisprudence, Les sociétés commerciales, RCJB 1981, p. 386

³⁸ Cour d'appel de Liège, 8 juin 1999, Journal des Tribunaux, 2000, p. 581

s'inscrire en faux par rapport aux intentions poursuivies par les auteurs du projet de loi sous avis, et notamment les volets préventif et réparateur.

L'autre modification apportée par cet article visant la suppression de la référence au concordat au paragraphe 5 n'appelle pas d'observation.

Point 8) (7) selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Points 9) et 10) (8) et 9) selon le Conseil d'État)

Les articles 455 et 456 du Code de commerce modifiés par les points 9) et 10) sous rubrique précisent que, d'une part, les curateurs seront choisis parmi les avocats ou parmi les experts assermentés en tant que mandataires de justice en application de la loi du 7 juillet 1971 et, d'autre part, les experts assermentés devront justifier d'une formation particulière et présenter « des garanties de compétence en matière de procédures d'insolvabilité ».

Le Conseil d'État renvoie à ses observations et à son opposition formelle, formulées concernant l'article 66.

Le Conseil d'État marque son accord à une ouverture de la mission conférée aux « curateurs » au-delà de la profession des avocats. Il convient cependant de noter l'extrême imprécision des termes utilisés à l'article 456 du Code de commerce, ce qui est source d'insécurité juridique. Quelle est la formation particulière envisagée ? Quelles sont ces « garanties de compétence en matière de procédure d'insolvabilité » ? Le Conseil d'État s'oppose formellement à cette disposition.

En effet, le rôle d'un curateur implique un volet d'analyse juridique non négligeable et le curateur risque de voir sa responsabilité engagée lorsqu'il n'a pas rempli sa mission conformément à la loi, qui, du fait de la loi en projet, n'est pas rendue plus simple. En tout état de cause, un curateur ne devrait-il pas être choisi parmi les membres d'une profession réglementée, que cette profession existe déjà ou qu'une nouvelle profession, comme en France, soit créée, alors qu'il s'agit là d'une garantie essentielle de l'intégrité et de l'honorabilité d'un curateur ? Une personne, même présentant une expérience en matière de procédure d'insolvabilité, mais qui n'est pas soumise à la surveillance d'une autorité professionnelle, présenterait-elle les garanties nécessaires à l'exercice d'un tel mandat ?

En outre, il conviendra de remplacer « la procédure d'insolvabilité » par « la procédure de faillite » ou simplement « la faillite ».

Si l'article 455 fait référence à des « experts assermentés désignés en tant que mandataires de justice », l'article 456 mentionne des « liquidateurs assermentés ».

Points 11) et 12) (10) et 11) selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Point 13) (12) selon le Conseil d'État

Le nouvel article 459 du Code de commerce permet « à défaut de liquidateurs assermentés » de nommer comme curateur une personne qui offre « le plus de garanties pour l'intelligence et la fidélité de [sa] gestion ».

La terminologie utilisée est vague. Les termes « le plus de garanties pour l'intelligence et la fidélité de leur gestion » ne permettent pas de circonscrire les personnes, surtout en combinaison avec le bout de phrase « lorsque la nature et l'importance d'une procédure d'insolvabilité le commandent ». S'il est vrai que ces termes figurent actuellement à l'article 456 du Code de commerce, il ne demeure pas moins qu'ils sont surannés. La loi modifiée belge du 8 août 2007 sur les faillites ne connaît d'ailleurs plus ces termes.

D'ailleurs, ne faudrait-il pas remplacer la référence à « une procédure d'insolvabilité » par « une procédure de faillite » ou par « une faillite », voire même par « la faillite » (cf. modification apportée par le point 16) à l'article 466) ?

Point 14) (13) selon le Conseil d'État

Sans observation.

Point 15) (14) selon le Conseil d'État

Le point sous examen introduit un nouvel article 461-1 dans le Code de commerce, selon lequel les actions en responsabilité contre les curateurs et les mandataires de justice se prescrivent par cinq ans à compter de la publication du jugement de clôture de la faillite.

En premier lieu, il convient de supprimer les termes « et les mandataires de justice ».

En second lieu, il convient de tenir compte du fait qu'aucune publication n'a lieu pour les faillites avec reddition des comptes, seuls les jugements de clôture des faillites sans actif ou avec un actif insuffisant faisant l'objet d'une publication. Le nouvel article 461-1 doit être adapté en conséquence.

Points 16) à 18) (15) à 17) selon le Conseil d'État

L'article 465, point 4^o et l'article 477, alinéa 2, du Code de commerce devront être modifiés pour y supprimer la référence au concordat.

Point 19) (18) selon le Conseil d'État

À l'alinéa 1^{er}, le renvoi à l'article 459 du Code de commerce devrait être à l'article 458, dans la mesure où l'actuel article 459 deviendra l'article 458 (cf. point 12)).

À l'alinéa 2, est-ce que la mention d'une ordonnance du juge-commissaire est nécessaire au vu de la nature de la décision à prendre et de l'impératif de célérité ? Par ailleurs, cette ordonnance serait-elle susceptible d'appel ?

Points 20) à 22) (19) à 21) selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Point 23) (22) selon le Conseil d'État)

L'article 484 du Code de commerce oblige le curateur à procéder « immédiatement à la vérification et la rectification du bilan » et, si ce dernier n'a pas été déposé au registre de commerce et des sociétés, à le dresser et à le déposer au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. Est-il utile de garder cette obligation, alors que les tiers et les associés sont informés de la faillite par voie de publication du jugement déclarant la procédure de faillite ?

L'alinéa 1^{er} ne vise que le bilan. L'article 26, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises dispose que « les comptes annuels visés à l'article 15 du Code de commerce comprennent le bilan, le compte de profits et pertes ainsi que l'annexe : ces documents forment un tout ». Par dérogation à l'article 26, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, précité, le curateur ne devra pas établir le compte de profits et pertes ni l'annexe.

Le Conseil d'État note que le « bilan », y compris en cas de rectification, doit seulement être déposé au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et non au registre de commerce et des sociétés.

À l'instar de son observation sous le point 19) (nouvel article 479 du Code de commerce), le Conseil d'État se demande si, à l'alinéa 2, la mention d'une ordonnance du juge-commissaire est nécessaire.

Point 24) (23) selon le Conseil d'État)

L'alinéa 1^{er} du nouvel article 487-1 du Code de commerce indique que lorsque l'actif d'une faillite est présumé être insuffisant pour couvrir les frais de publication, le juge peut ordonner la gratuité de la procédure.

L'article 1^{er} de la loi du 15 mars 1892 sur la procédure en debet en matière de faillite couvre cette matière. Il convient soit de consigner l'ensemble de la matière dans cette loi de 1892 en la modifiant en conséquence, soit d'abroger cette loi en complétant l'article 487-1 de façon appropriée.

L'alinéa 2 de l'article 487-1 permet, en cas d'insuffisance présumée de l'actif de la faillite, au curateur d'obtenir une avance sur les frais et honoraires qui sont avancés par l'Administration de l'enregistrement et des domaines « dans les conditions fixées par la loi du 29 mars 1893 concernant l'assistance judiciaire et la procédure en debet ». Cette loi a cependant été abrogée par l'article 9, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 18 août 1995. Il faudra donc faire abstraction de la référence à cette loi. L'article 2 de la loi précitée du 15 mars 1892 dispose que « l'administration de l'enregistrement, sur l'ordonnance du juge-commissaire, fera l'avance des frais résultant tant de l'insertion dans les journaux des actes judiciaires et extrajudiciaires à

publier, que de l'affranchissement des lettres de convocation à adresser aux créanciers ».

Le dernier alinéa accorde au curateur un supplément forfaitaire en fonction du nombre de déclarations salariales traitées en cas de faillite dépourvue d'actif. Il convient de compléter cet alinéa en précisant que c'est le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, saisi par le curateur et éventuellement après avoir entendu le juge-commissaire en son rapport, qui accorde ce supplément forfaitaire au curateur et en détermine le montant.

Point 25) (24) selon le Conseil d'État

Sans observation.

Point 26) (25) selon le Conseil d'État

Il est prévu d'ajouter un nouvel alinéa 2 à l'article 491 du Code de commerce, selon lequel « au cas où le curateur est contraint de louer un dépôt afin de garantir le stockage, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut fixer ces frais comme des frais de la masse et ce à la demande des curateurs et de l'avis conforme du juge-commissaire ».

D'après le commentaire des articles, en rapport avec la modification proposée, « il est incontestable que de tels frais de gestion [lire : de location] ne peuvent rester à la charge du curateur ».

Or, l'alinéa 2 relativise cette « incontestabilité », à laquelle le Conseil d'État peut d'ailleurs souscrire, en indiquant qu'il ne s'agit que d'une faculté pour le tribunal (« le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut fixer ces frais ») et en exigeant un avis conforme du juge-commissaire. Le Conseil d'État donne à considérer que la notion d'« avis conforme » n'est pas connue en matière judiciaire. Est-il par ailleurs nécessaire de prévoir que la fixation des frais visés comme frais de la masse relève du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale ? Ne suffirait-il pas que cette décision puisse être prise par voie d'une ordonnance du juge-commissaire ? D'ailleurs, les critères sur lesquels le tribunal d'arrondissement devra se fonder, pour considérer si les frais en question sont des frais de la masse ou ne le sont pas, font défaut.

Afin de se conformer à l'intention des auteurs du projet de loi telle qu'elle résulte du commentaire des articles, il faut modifier l'alinéa 2 de l'article 491 en prévoyant que les frais de location du dépôt sont des frais de la masse. Se pose cependant la question pourquoi prévoir un régime à part pour les frais de location d'un dépôt, alors qu'il existe d'autres frais qui sont à ranger parmi les frais de la masse.

Finalement, ne faudrait-il pas réserver, soit dans la loi du 15 mars 1892 sur la procédure en debet en matière de faillite, soit dans le Code de commerce, selon l'option déjà esquissée au point 24) (23) selon le Conseil d'État), le sort des frais de la masse en cas de faillite sans actif ou de faillite avec un actif insuffisant ?

Point 27) (26) selon le Conseil d'État

L'article 492 oblige que le failli soit appelé par voie d'assignation concernant une transaction sur les contestations qui intéressent la masse. L'assignation est un procédé lourd par rapport à la lettre recommandée. L'importance et la gravité de la matière, qui ont motivé les auteurs du projet de loi de choisir l'assignation au détriment de la lettre recommandée, ne justifie pas ce choix, alors que le failli connaît l'existence de la transaction et n'ignore pas que ses effets dépendent de son homologation par le tribunal d'arrondissement.

L'alinéa 2 prévoit que « lorsque la transaction portera sur des droits immobiliers, ou quand son objet sera d'une valeur indéterminée ou qui excède 7,44 euros, la transaction ne sera obligatoire qu'après avoir été homologuée, sur le rapport du juge-commissaire ». Le montant de 7,44 euros est quelque peu dépassé et il conviendra de mettre à profit la réforme envisagée par le projet de loi sous examen afin de l'augmenter substantiellement.

Point 28) (27) selon le Conseil d'État

Sans observation.

Point 29) (28) selon le Conseil d'État

Le délai de six semaines afin que le curateur remette un mémoire au juge-commissaire sur « l'état apparent de la faillite, de ses principales causes et circonstances, et des caractères qu'elle paraît avoir », alors même qu'il est actuellement de quinze jours, est trop bref pour permettre au curateur d'apprécier la situation, notamment sur les principales causes de la faillite et des caractères qu'elle paraît avoir. Le délai doit être porté à trois ou six mois. Le Conseil d'État se demande quelle peut être l'utilité de distinguer entre le questionnaire et le mémoire. Il estime qu'une réponse des curateurs au questionnaire qui leur est adressé par le procureur d'État ne s'impose que si le mémoire, qui est remis par les curateurs au juge-commissaire et qui est ensuite transmis au procureur d'État, ne répond pas à toutes les questions qui se posent.

Le Conseil d'État propose ainsi de déplacer l'alinéa 2 à la suite de la première phrase de l'alinéa 1^{er}. Il suggère par ailleurs d'ajouter les termes « si nécessaire » à la fin de la dernière phrase de l'alinéa 1^{er} et de remplacer en début de cette phrase le terme « ils » par ceux de « les curateurs ».

Point 30) (29) selon le Conseil d'État

Ce point entend modifier l'article 495-1 du Code de commerce relatif à l'action en comblement de passif afin de remplacer la « faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite » par une « faute de gestion ayant contribué à [l'] insuffisance d'actif ».

Il s'agit là d'une modification majeure, les auteurs du projet de loi s'étant inspirés de la législation française en délaissant le Code des sociétés belge qui fait référence à la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite.

Ainsi, en cas de faillite pour insuffisance d'actif, les dirigeants de droit ou de fait de la société faillie risquent de s'exposer à une action en comblement de passif. En ce qui concerne la notion de faute de gestion, le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit du point 7).

Le Conseil d'État propose dès lors de ne pas modifier la rédaction actuelle de l'article 495-1 du Code de commerce sur ce point.

L'action en comblement de passif peut encore être initiée par le procureur d'État. Cette extension de l'initiative d'une action en comblement de passif n'appelle pas d'observation.

Le Conseil d'État se demande finalement pourquoi il est fait usage des termes de « personne morale ». En d'autres endroits du livre III du Code de commerce, il est en effet recouru aux notions de « société commerciale », de « commerçant » ou simplement de « failli ». Il renvoie à cet égard, à titre d'exemple, à l'article 444-1 du Code de commerce, tel qu'il est proposé d'être modifié par le projet de loi sous examen, qui emploie le terme de « failli ».

Point 31) (30) selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Point 32) (31) selon le Conseil d'État)

Au regard de la modification proposée à l'article 86, point 31), le Conseil d'État propose de remplacer la notion de « circulaire » par celle de « courrier ».

Point 33) (32) selon le Conseil d'État)

Selon l'article 498, alinéa 3, du Code de commerce, la déclaration de créance doit se terminer par l'affirmation selon laquelle le déclarant affirme que sa créance est sincère et véritable. Cette obligation, qui n'a pas été modifiée par les auteurs de la loi en projet, risque d'être contraire à l'article 41 du règlement (CE) 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité qui n'exige pas une telle certification. Le Conseil d'État renvoie à cet égard à l'avis du Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg du 8 août 2013.

Point 34) (33) selon le Conseil d'État)

Quelle est la justification de la dérogation proposée à l'alinéa 3 ? Qui apprécie si la dérogation visée s'applique ? Le curateur d'office ou le tribunal ? Et selon quels critères se fera cette appréciation ?

Point 35) (34) selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État se demande pourquoi le failli est en l'espèce appelé par voie de courrier simple, alors qu'en d'autres endroits le moyen de communication visé est celui de la lettre recommandée.

Point 36) (35) selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Point 37) (36) selon le Conseil d'État)

D'après l'article 502, alinéa 2, du Code de commerce, que le point sous examen ne modifie pas sous cet aspect, le juge-commissaire renvoie au tribunal les contestations relatives aux créances non admises. L'article 504 du Code de commerce prévoit que « les débats sur les contestations ont uniquement lieu sur demande du créancier dûment averti (...) ». Qu'en est-il des déclarations de créances contestées ou partiellement admises et renvoyées au tribunal en vertu de l'article 502, alinéa 2, et dont le déclarant n'a pas saisi le tribunal en appel en application de l'article 504, alinéa 1^{er} ? Ne faudrait-il pas régler le sort de telles déclarations de créances ?

Point 38) (37) selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Point 39) (38) selon le Conseil d'État)

L'article 504 du Code de commerce concernant les débats sur les contestations faisant suite aux vérifications de créances est modifié pour ne prévoir de tels débats que sur demande des créanciers concernés.

Le Conseil d'État fait siennes les propositions de modification faites par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg³⁹ relatives aux délais, aux modalités de convocation et à la suppression de la référence au concordat.

Point 40) (39) selon le Conseil d'État)

L'insertion d'un nouvel article 507-1 dans le Code de commerce entend reprendre la pratique actuelle lorsque l'actif du failli ne sera pas suffisant pour payer les frais et honoraires de la faillite. Dans ce cas, il ne sera procédé qu'à une seule vérification de créances, à savoir celle indiquée dans le jugement de faillite. Dans son avis communiqué au Conseil d'État par dépêche du 14 août 2013, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg entend ajouter une seconde vérification de créances ne portant que sur les créances salariales. Si cette proposition correspond à la pratique actuelle, il conviendra d'adapter l'article 507-1 en conséquence.

Points 41) et 42) (40) et 41) selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Point 43) (42) selon le Conseil d'État)

La référence à l'article 480 doit être supprimée, alors que le point 20) de l'article sous examen abroge cet article. De même, par suite de la suppression de la référence au concordat dans le texte actuel de l'article 528 du Code de commerce aux termes duquel « S'il n'intervient point de concordat, les curateurs continueront à représenter la masse des créanciers et

³⁹ Doc. parl. n° 6539², pp. 56-57

procéderont à la liquidation (...) », se pose la question s'il convient de maintenir l'utilisation du futur et des termes « les curateurs continueront à représenter ... ». Le Conseil d'État propose le libellé suivant :

« **Art. 528.** Les curateurs représentent la masse et procèdent à la liquidation de la faillite, ils font vendre les immeubles, les marchandises et les effets mobiliers, et liquident les dettes actives et passives, le tout sous la surveillance du juge-commissaire, en se conformant aux dispositions des articles 479 et 480, et sans qu'il soit besoin d'appeler le failli.

Ils peuvent transiger, de la manière prescrite par l'article 492, sur toute espèce de droits appartenant au failli, nonobstant toute opposition de sa part. »

Le Conseil d'État se demande toutefois si les pouvoirs des curateurs de faillite ne devraient pas être définis au commencement des dispositions du Livre III, titre I^{er} du Code de commerce traitant de la faillite.

Points 44) à 46) (43) à 45) selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Point 47) (46) selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État note que dans son avis précité le tribunal d'arrondissement de Luxembourg relève que le texte de l'article 536-1, alinéa 1^{er}, du Code de commerce ne correspond pas à la pratique actuellement suivie. Il convient d'uniformiser la procédure prévue à l'article 536-1 avec celle prévue à l'article 487-1 du Code de commerce (voir point 24)).

L'article 536-1, alinéa 2, n'a pas été modifié. Or la loi du 29 mars 1893 concernant l'assistance judiciaire et la procédure en debet qui y est mentionnée a été abrogée par l'article 9, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 18 août 1995 (cf. point 24) ci-dessus).

Point 48) (47) selon le Conseil d'État)

Le failli doit être appelé par voie d'huissier à la vente d'immeubles saisis. Les auteurs du projet de loi justifient cette modalité par la « gravité et [...] l'importance de la mesure ». Est-ce qu'une lettre recommandée n'apporte pas la certitude requise que le failli a été touché ?

Le Conseil d'État propose de remplacer l'expression désuète de « poursuites en expropriation » par celle de « procédure en expropriation ».

Il se demande enfin si le délai de huitaine à l'alinéa 1^{er} est encore réaliste et raisonnable.

Point 49) (48) selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Point 50) (49) selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État rappelle qu'il préconise le maintien de la distinction entre banqueroute simple et banqueroute frauduleuse.

Il relève encore qu'il y a lieu d'insérer dans l'article 573 une référence au « dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale ». Il renvoie au texte proposé dans l'avis du Parquet général.

Point 51) (50) selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État renvoie à l'avis du Parquet général qui propose de supprimer la faculté, prévue à l'article 574 du Code de commerce, pour le juge de ne pas prononcer de condamnation du banqueroutier, nonobstant la constatation que le fait de banqueroute simple est consommé, et de remplacer dans la loi actuelle le mot « pourra » par celui de « sera » ou « est » réalisant ainsi une cohérence avec l'article 573.

L'observation relative à l'insertion d'une référence au « dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale » faite à l'endroit de l'article 573 du Code de commerce s'applique également à l'article 574.

Point 52) (51) selon le Conseil d'État)

L'article 575 visera la banqueroute frauduleuse.

Point 52) (52) selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État renvoie à son observation à l'endroit du point 51) ci-avant et propose d'écrire « Est condamné aux peines de banqueroute... ».

Points 54) et 55) (à omettre selon le Conseil d'État)

Selon le Conseil d'État, il n'y a pas lieu d'abroger la banqueroute frauduleuse.

Point 56) (53) selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État renvoie à l'avis du Parquet général qui rappelle que les modes de participation aux infractions sont prévus aux articles 66 et 67 du Code pénal et que, en vertu de l'article 100-1 de ce code, les dispositions générales du Code pénal, y compris celles relatives à la corréité et à la complicité, s'appliquent également aux infractions prévues par une loi spéciale. Il n'est dès lors plus nécessaire de prévoir expressément dans le projet de loi sous avis que les dispositions générales du Code pénal s'appliquent également aux infractions prévues par la loi spéciale et le Conseil d'État suggère d'omettre l'article 578 comme étant superflu.

Le point se lira dès lors comme suit :
« 53) L'article 578 est abrogé. »

Points 57) à 59) (54) à 56) selon le Conseil d'État)

Sans observation.

Point 60) (57) selon le Conseil d'État)

Est-ce que la publication par voie d'affichage en salle d'audience est encore appropriée ? La même réflexion vaut pour l'affichage du jugement déclaratif de faillite prévu à l'article 472 du Code de commerce, qui n'est pas modifié par la loi en projet.

Points 61) à 64) (58) à 61) selon le Conseil d'État)

Les points sous rubrique n'appellent pas d'observation quant au fond.

Le Conseil d'État voudrait ajouter deux considérations.

Il renvoie, d'abord, à l'avis du Parquet général qui propose une nouvelle formulation de l'article 489 du Code pénal qui incrimine la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse et invite les auteurs du projet à prendre en considération cette proposition.

D'une façon plus générale, le Conseil d'État se demande encore si la loi en projet ne pourrait pas servir de cadre pour intégrer l'ensemble des dispositions sur la banqueroute dans le Code pénal. Il n'est pas de bonne technique législative de faire figurer les éléments constitutifs de l'infraction dans le Code de commerce et les peines dans le Code pénal, ceci d'autant plus que le tribunal siégeant en matière commerciale ne constate pas les éléments de la banqueroute. Au contraire, c'est le juge pénal qui examine, d'abord, l'existence de l'état de faillite, et cela sans devoir s'en tenir aux constats du juge de commerce, pour ensuite examiner les éléments constitutifs d'une banqueroute.

Le Conseil d'État propose par conséquent respectivement de modifier et de compléter la section première du chapitre II du titre IX du livre II du Code pénal par les dispositions suivantes :

« **Art. 489.** Est déclaré banqueroutier simple et puni d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 251 à 25.000 euros, tout commerçant failli qui se trouvera dans l'un des cas suivants:

1° si les dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives;

2° s'il a consommé de fortes sommes au jeu, à des opérations de pur hasard, ou à des opérations fictives de bourse ou sur marchandises;

3° si, dans l'intention de retarder sa faillite, il a fait des achats pour revendre au-dessous du cours; si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulation d'effets, et autres moyens ruineux de se procurer des fonds;

4° s'il a supposé des dépenses ou des pertes ou s'il ne justifie pas de l'existence ou de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement;

5° si, après la cessation de ses paiements, il a payé ou favorisé un créancier au préjudice de la masse.

Les banqueroutiers simples pourront, de plus, être condamnés à l'interdiction conformément à l'article 24.

Art. 490. Est encore déclaré banqueroutier simple et puni de la même peine, tout commerçant qui se trouve dans l'un des cas suivants:

1° s'il a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables, eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés;

2° si, ayant dérogé par contrat aux dispositions du régime matrimonial légal, il ne s'est pas conformé à l'article 69;

3° s'il n'a pas fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440 du code de commerce; si cet aveu ne contient pas les noms de tous les associés solidaires; si, en le faisant, il n'a pas fourni les renseignements et éclaircissements exigés par l'article 441 du même code, ou si ces renseignements ou éclaircissements sont inexacts;

4° s'il s'est absenté sans l'autorisation du juge-commissaire ou si, sans empêchement légitime, il ne s'est pas rendu en personne aux convocations qui lui ont été faites par le juge-commissaire ou par les curateurs;

5° s'il n'a pas tenu les livres prescrits par l'article 9 du Code de commerce; s'il n'a pas fait l'inventaire exigé par l'article 15 du même code; si ses livres et inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active et passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude.

Art. 490-1. Sont condamnés aux peines de la banqueroute simple:

1° ceux qui, dans l'intérêt du failli, ont soustrait, dissimulé ou recelé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles;

2° ceux qui ont frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en leur nom, soit par interposition de personne, des créances supposées ou exagérées;

3° le créancier qui a stipulé, soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite, ou qui a fait un traité particulier duquel résulterait, en sa faveur, un avantage à la charge de l'actif du failli;

4° le curateur qui s'est rendu coupable de malversation dans sa gestion.

Art. 490-2. Sont condamnés aux peines de la banqueroute simple, les gérants de droit ou de fait des sociétés qui n'ont pas fourni les renseignements qui leur ont été demandés, soit par le juge-commissaire, soit par les curateurs, ou qui ont donné des renseignements inexacts.

Il en est de même de ceux qui, sans empêchement légitime, ne se sont pas rendus à la convocation du juge-commissaire ou du curateur.

Art. 490-3. Est déclaré banqueroutier frauduleux et condamné à un emprisonnement de 6 mois à 5 ans et d'une amende de 500 à 50.000 euros, tout commerçant failli qui se trouvera dans l'un des cas suivants:

1° s'il a soustrait en tout ou en partie les livres ou documents comptables visés aux articles 9, 14 et 15 du Code de commerce, ou s'il en a frauduleusement enlevé, effacé ou altéré le contenu;

2° s'il a détourné ou dissimulé une partie de son actif;

3° si, dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, il s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas. »

Ces dispositions consistent pour l'essentiel en une reprise des articles 573 à 576 du Code de commerce, tels que modifiés par le projet de loi sous

examen, à la suite des observations formulées par le Conseil d'État, d'un côté, et de l'article 489 du Code pénal, de l'autre, et ne nécessitent par conséquent guère de commentaires particuliers. À noter que l'article 578 du Code de commerce n'a pas été repris dans cette proposition étant donné qu'il devient superfétatoire du chef de la reprise de l'infraction de banqueroute frauduleuse au Code pénal (voir point 56) ci-dessus).

Il y aurait cependant encore lieu de reprendre au Code pénal les dispositions figurant actuellement aux articles 579 à 585 du Code de commerce, en les modifiant par le remplacement des références aux articles du Code de commerce y indiquées par les dispositions correspondantes introduites au Code pénal en vertu de ce qui précède et en y insérant les modifications prévues aux points 57) à 61) du projet sous examen, sauf pour ce qui est de l'actuel article 582 du Code de commerce, qui vise les recours du Trésor public en cas de concordat, et qui suivra le sort de cette institution (voir point 60) ci-dessus).

Si les auteurs du projet de loi sous examen devaient suivre la proposition du Conseil d'État, un certain nombre d'autres modifications devraient encore être opérées. Plus précisément :

- 1) l'article 490 actuel du Code pénal devra être renuméroté et deviendrait l'article 490-4 du même code ;
- 2) l'article 438 du Code de commerce pourra être abrogé en ce qu'il fait référence aux notions de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse, qui ne figureront cependant plus audit code ;
- 3) l'article 87 du projet sous examen deviendra superfétatoire ;
- 4) et, finalement, si la proposition du Conseil d'État était retenue, il y aurait lieu de modifier en conséquence l'intitulé du projet sous examen.

Titre 4 (3 selon le Conseil d'État)

Article 87 (84 selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État renvoie à la proposition de texte qu'il a faite concernant l'article 86, points 61) à 64) 57) à 60) selon le Conseil d'État.

Article 88 (85 selon le Conseil d'État)

L'article sous rubrique modifie l'article 97 de la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre. Il s'agit de la reprise de l'article 5 du projet de loi n° 5157 que le Conseil d'État avait avisé favorablement dans son avis du 11 novembre 2003⁴⁰. L'article sous examen ne fait qu'ajouter le secrétariat du Comité de conjoncture à la Chambre de commerce et à la Chambre des métiers auxquels le tableau mensuel des protêts des lettres de change acceptées et des billets à ordre est communiqué.

Article 89 (86 selon le Conseil d'État)

L'article sous examen modifie les articles 13 et 14 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

⁴⁰ Doc. parl. n° 5157⁵

Le contenu des articles 13 et 14 de ladite loi doit être complété en fonction des modifications apportées dans le cadre du projet de loi n° 6624.

En ce qui concerne l'article 13, la référence au point 4) aux jugements et arrêts d'homologation ou de résolution du concordat obtenu par le failli doit être supprimée, de sorte que ce point se lira :

« 4) les jugements et arrêts déclaratifs de faillite ; ».

L'article 13 doit être complété pour y ajouter les jugements ordonnant le transfert sous autorité de justice.

Articles 90 et 91 (87 et 88 selon le Conseil d'État)

Les modifications apportées par les articles sous examen respectivement à la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance et la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière n'appellent pas d'observation.

Article 92 (à omettre selon le Conseil d'Etat)

L'article sous examen modifie l'article 167 de la loi précitée du 10 août 1915 afin de punir d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 5.000 à 125.000 euros, ou de l'une de ces peines seulement, les administrateurs ou gérants qui ont accordé des avances aux actionnaires. Un nouvel alinéa 2 ajoute que « ne sont pas visées (...) les opérations d'avance aux actionnaires lorsque ces opérations entrent dans l'objet de la société et constituent des opérations courantes conclues à des conditions normales ».

Si elle intervient dans le respect de l'intérêt social, sur quoi les administrateurs sont responsables civilement voire même pénalement au cas où l'opération constitue un abus de biens sociaux (article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915), une avance aux actionnaires ne devrait pas être punissable en tant que telle. Le cadre juridique actuel permet donc de sanctionner des opérations répréhensibles.

D'ailleurs, les auteurs du projet de loi n'indiquent pas ce qu'il faut entendre par « avance ». Comprise dans l'article 167 qui vise la distribution de dividendes qui ne sont pas prélevés sur des bénéfices réels ; est-ce qu'il faut interpréter ce terme d'« avance » comme une avance sur des dividendes qui seront distribués ultérieurement ? Ou est-ce que n'importe quel prêt consenti à un actionnaire est également visé ? En fin de compte, par rapport à quoi le terme d'« avance » doit-il être apprécié ?

En ce qui concerne l'exclusion opérée par l'alinéa 2 des avances aux actionnaires – qui, d'une part, entrent dans l'objet de la société, – ce qui est l'évidence même, et, d'autre part, « constituent des opérations courantes conclues à des conditions normales », le Conseil d'État rappelle le dernier alinéa de l'article 57 à propos des conflits d'intérêts. Une avance aux actionnaires n'est cependant pas assimilable à une transaction au sujet de laquelle un administrateur a un conflit d'intérêts.

Est-ce qu'une banque pourrait encore accorder à ses salariés des prêts à des conditions privilégiées lorsque ces salariés sont également actionnaires dans le cadre d'un plan d'intéressement du salariat ?

Le commentaire des articles justifie l'exception prévue à l'alinéa 2 par référence aux « sociétés qui ont une activité de financement des sociétés du groupe » et « pour les rares banques qui dans le cadre de leur activité font des prêts à leurs actionnaires ». D'une part, il convient de s'interroger sur la notion d'activité de financement de sociétés du groupe, « ce qui comprend éventuellement leurs actionnaires ». Est-ce que le fait d'avoir dans le groupe de sociétés une société de droit luxembourgeois qui aura participé au financement interne d'une acquisition, comme dans nombre de structures impliquant une société luxembourgeoise, remplit la situation décrite par les auteurs du projet de loi ? D'autre part, des prêts consentis par des établissements de crédit à des personnes, qui sont également leurs actionnaires, ne peuvent être assimilés à des avances, surtout que l'article 167, du fait de son caractère pénal, est d'interprétation stricte.

Pour ces raisons et en ce que l'article 167 actuel de la loi précitée du 10 août 1915 est exhaustif et couvre tous les cas de figure, le Conseil d'État demande que la disposition sous rubrique soit supprimée.

Il convient également de modifier l'article 257, alinéa 2 et l'article 285, alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 précitée afin d'y supprimer la référence à la procédure de concordat et d'y intégrer celle de la réorganisation judiciaire.

Article 93 (89 selon le Conseil d'État)

Cet article introduit une exception à la responsabilité personnelle des receveurs des administrations fiscales en raison du non-recouvrement de créances dues au Trésor suite à des décisions intervenues dans le cadre de la loi en projet. S'agissant d'une exception aux articles 25 et suivants de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'État, le Conseil d'État recommande d'insérer le dispositif de l'article 93 dans cette loi du 8 juin 1999, afin que les dispositions relatives à la responsabilité personnelle desdits receveurs soient regroupées dans un unique corps législatif au lieu de se trouver dans des textes épars. L'intitulé du projet de loi devra être adapté en conséquence.

Si la Chambre des députés devait maintenir le contenu de l'article sous examen et ne pas l'intégrer dans une disposition modifiant la loi précitée du 8 juin 1999, l'article 93 ne sera pas une disposition modificative, mais une disposition autonome qui ne peut figurer dans le titre regroupant les dispositions modificatives. La numérotation subséquente des articles s'opérera en fonction de la structure des articles adoptée.

Article 94

Le Conseil d'État renvoie à cet égard à ses observations à l'endroit de l'article 8 du projet de loi.

L'article 94 est une disposition autonome qui n'a pas sa place parmi le titre 4 (titre 3 selon le Conseil d'État) du projet de loi consacré aux dispositions modificatives.

Article 95

Pour les auteurs du projet de loi, la suppression de terme « schuldhafte » au §109(1) de l'*Abgabenordnung* « a pour objet de faciliter la mise en œuvre de la responsabilité du représentant d'une société en cas d'insuffisance de l'impôt payé par rapport à l'impôt légalement dû ».

La suppression de ce terme met en place une responsabilité sans faute. Les dirigeants de sociétés risquent donc d'être tenus pour personnellement responsables dès qu'il y aura insuffisance de l'impôt payé par rapport à ce que la société aurait dû payer, sans qu'il faille prouver une faute dans le chef du dirigeant en question.

Ce type de responsabilité est particulièrement sévère et ne se justifie pas par rapport aux autres hypothèses où la responsabilité des dirigeants de sociétés peut être engagée.

Le Conseil d'État note que les auteurs ne fournissent pas la moindre justification concernant ce changement.

Il partage les réticences relevées dans les avis du Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg et de la Chambre de commerce et demande à ce que la modification proposée soit supprimée.

L'article 95 n'a pas sa place sous le titre 4 (3 selon le Conseil d'État) du projet de loi consacré aux dispositions modificatives, en ce qu'il s'agit pas d'une disposition autonome.

Article 96

L'article 96 constitue une disposition autonome et n'a pas sa place sous le titre du projet de loi consacré aux dispositions modificatives.

Titre V (4 selon le Conseil d'État)

Sans préjudice de ses observations à l'endroit de l'article 97, le Conseil d'État suggère de compléter l'intitulé du titre V (4 selon le Conseil d'État) par une mention relative à l'entrée en vigueur de la loi en projet.

Article 97

L'article sous rubrique abroge la loi du 14 avril 1886 concernant le concordat préventif de la faillite et l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 complétant la législation relative au sursis de paiement, au concordat préventif de la faillite et à la faillite par l'institution du régime de la gestion contrôlée.

Il reste cependant muet sur le sort des procédures intentées sur base de ces textes et qui seraient pendantes au moment de l'entrée en vigueur de la loi en projet. Le Conseil d'État exige sous peine d'opposition formelle pour des considérations de sécurité juridique qu'une disposition transitoire soit incluse dans le projet de loi sous examen. Il note par ailleurs que l'intitulé du chapitre V, qui fait référence à des dispositions transitoires, n'en contient actuellement aucune.

Le Conseil d'État renvoie encore à ses observations sous l'article 86, point 24). Selon l'option choisie par la Chambre des députés, la loi du 15 mars 1892 sur la procédure en debet en matière de faillite devra éventuellement être abrogée.

Article 98

L'article sous examen permet la citation de la loi en projet par une formule abrégée et n'appelle pas d'observation.

Article 99

Le délai prévu à l'article 99 peut s'avérer insuffisant au regard des changements nombreux et qualitativement importants introduits par la loi en projet. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, il conviendra d'établir une liste des conciliateurs d'entreprise prévus à l'article 9 et des mandataires de justice de l'article 66 et de procéder à leur assermentation avant l'entrée en vigueur de la future loi. Il en va de même pour les experts désignés conformément au nouvel article 456 du Code de commerce, modifié par l'article 86, point 9) de la loi en projet.

Observations d'ordre légistique

Intitulé

Il faudrait compléter l'intitulé par les textes que le projet de loi tend à abroger. Plusieurs parmi les lois figurant à l'intitulé ayant été modifiées entretemps, il y a lieu de le préciser. Le point final est par ailleurs à omettre en ce que l'intitulé ne constitue pas une phrase.

L'intitulé se lirait dès lors comme suit :

« Projet de loi relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite, modifiant:

- (1) le livre III du Code de commerce,
 - (2) l'article 489 du Code pénal,
 - (3) la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de gage et le billet à ordre,
 - (4) la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises,
 - (5) la loi modifiée du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance,
 - (6) la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière,
 - (7) la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
 - (8) la loi générale des impôts (« Abgabenordnung »),
- et abrogeant : la loi du 14 avril 1886 concernant le concordat préventif de la faillite, et l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 complétant la législation relative aux sursis de paiement, au concordat préventif de la faillite et à la faillite par l'institution du régime de la gestion contrôlée ».

Article 1^{er}

Point a)

Il faut écrire article « L.511-4 » du Code du travail.

Point b) : définition de « Cellule d'évaluation des entreprises en difficulté (CEvED) » :

Les termes « de la présente loi » sont superflus et doivent être supprimés. De même, l'abréviation CEvED n'est d'aucune utilité, alors qu'elle n'est même pas utilisée à l'article 8.

Point c) : définition de « créances sursitaires » :

Il convient d'écrire « ou nées en raison du dépôt ».

Point m) : définition de « sursis » :

Il convient d'écrire « le moratoire » au lieu de « un moratoire ».

Articles 2 et 3

Dans un souci de lisibilité, le Conseil d'État suggère de regrouper les articles 2 et 3 en un seul article. Dans cet ordre d'idées, et sous réserve des observations qui suivent, l'article 2 pourrait être complété par l'adjonction des exceptions en ajoutant *in fine* « à l'exception des (suivent l'énumération des exceptions) ». Les articles subséquents seraient à renuméroter en conséquence.

À l'article 3, lorsqu'il est fait référence aux sociétés d'avocat, il convient de citer la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat et non celle du 16 décembre 2011.

Article 7

À l'article 7, alinéa 1^{er}, le Conseil d'État constate une divergence de terminologie par rapport à l'article 5. Les auteurs y visent en effet les « débiteurs en difficulté » alors qu'à l'article 5, il est question des « débiteurs en difficultés financières ». Le Conseil d'État propose de s'aligner sur la terminologie de l'article 5.

Article 8

À l'alinéa 1^{er}, il faut remplacer les termes « désignés par arrêté du ministre ayant la Justice dans ses attributions » par « désignés par le ministre ayant la Justice dans ses attributions ». À l'alinéa 2, il convient d'écrire « loi modifiée du 8 juin 1999 ».

Article 9

À l'alinéa 1^{er}, il faut écrire « le ministre ayant l'Économie dans ses attributions » au lieu de « le ministre ayant dans ses attributions l'Économie » et « Comité de conjoncture ». Par ailleurs, à la fin de la première phrase du dernier alinéa, le verbe « décider » se conjugue au

singulier, puisque c'est le débiteur ou le conciliateur d'entreprise, donc une seule personne, qui décide.

Article 11

Au dernier alinéa, il faut écrire « Les tiers ne peuvent pas prendre connaissance (...) ».

Article 13

Au paragraphe 2, point 3°, il convient d'écrire « la loi modifiée du 19 décembre 2002 ».

Article 15

Les termes « de la présente loi » sont superflus et peuvent être supprimés.

Article 17

À l'alinéa 1^{er}, il convient de remplacer le terme « requérant » par « débiteur », alors que c'est ce terme qui est utilisé dans le projet de loi sous avis.

Article 20

La référence à l'article 12, pour viser le sursis, est maladroite, alors que cet article 12 n'appréhende pas le sursis. Il faudrait viser les articles 25 et suivants.

Article 21

Il convient d'écrire au point 1° du paragraphe 1^{er}, s'il s'agit d'une personne physique, ses nom, prénoms (...); et s'il s'agit d'une personne morale, sa dénomination, sa forme (...) et son numéro d'immatriculation.

Article 23

À l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}, les termes « en ses dires » et « ou du présent alinéa » sont superflus et au dernier alinéa de ce paragraphe, il convient à deux reprises de remplacer la référence à l'article 22 par l'article 21 (19 selon le Conseil d'État).

Article 24

À l'alinéa 3, il y a lieu d'écrire « Nouveau Code de procédure civile ».

Article 25

Le Conseil d'État propose d'écrire à l'alinéa 2 « et, s'il s'agit d'une société commerciale, celle-ci ... ».

Article 28

Au dernier alinéa de l'article sous examen, il faut renvoyer à l'article 445, point 2°.

Article 30

Au paragraphe 2, il convient de renvoyer à l'article 21, paragraphe 2 (article 19, paragraphe 2 selon le Conseil d'État) de la loi en projet.

Article 31

Le Conseil d'État suggère d'écrire *in fine* « après le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ».

Article 32

À l'alinéa 1^{er}, il convient de remplacer « dans la mesure où il y a un lien étroit » par « lorsqu'il y a un lien étroit », alors que cet alinéa commence déjà par « dans la mesure où ». Il faut aussi écrire « la fin de la procédure de réorganisation judiciaire » et viser les « dettes de la masse ».

Article 33

Le Conseil d'État propose de réserver au dernier alinéa du paragraphe 2 un paragraphe à part, alors qu'il vise les décisions qui sont intervenues tant conformément au paragraphe 1^{er} qu'au paragraphe 2.

Article 34

Le Conseil d'État demande que le point 1° soit modifié pour remplacer le bout de phrase « en vue d'obtenir sursis en vue de permettre » par « pour permettre ».

Article 36

Au paragraphe 2, il faut lire « article 13, paragraphe 2, points 1° à 8° » (article 11, paragraphe 2, points 1° à 8°) tandis qu'au paragraphe 3, la référence doit être faite à l'article 21 (19 selon le Conseil d'État) au lieu de 22 (20 selon le Conseil d'État).

Article 37

Le Conseil d'État suggère d'écrire à l'alinéa 1^{er}, « procédure de réorganisation judiciaire » au lieu de « procédure en réorganisation judiciaire » et il rend attentif qu'à l'alinéa 2, le « ne » explétif doit être supprimé pour écrire « sans que la procédure [de réorganisation judiciaire] ait été ... ».

Article 41

Le Conseil d'État relève qu'aux paragraphes 2 et 6, il convient de renvoyer à « l'article 13, paragraphe 2, point 6° » et qu'à la fin du paragraphe 6, les termes « visé à l'article 16 » doivent être ajoutés à l'instar de ce qui est fait à l'article 42, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}.

Article 42

Au dernier alinéa du paragraphe 2, il convient de renvoyer à « l'article 13, paragraphe 2, point 6 ». Cet alinéa mentionne également l'article 41, mais cette référence est superflue, alors que la liste des créanciers est celle visée à l'article 13, telle que modifiée le cas échéant par les procédures judiciaires visées à l'article 41.

Article 45

Le Conseil d'État suggère de préciser à la fin de l'alinéa 1^{er} qu'il s'agit de la requête de réorganisation judiciaire visée à l'article 13 de la loi en projet et il propose de remplacer l'expression « les droits des créanciers » par « les droits des créanciers sursitaires extraordinaires ».

Article 48

Le Conseil d'État renvoie à ses observations légistiques sous l'article 42 en ce qui concerne la référence aux « articles 13 paragraphe 2, 6^o et 41 ».

Article 49

Il convient à l'alinéa 1^{er} de renvoyer à « l'article 21, paragraphe 1^{er}, point 5 ».

Article 52

À l'alinéa 3, il convient d'écrire « l'article 13, paragraphe 2, point 6 » et « l'article 41, paragraphe 3 ».

Article 54

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, il convient d'écrire « ou à défaut le comité mixte d'entreprise, ou à défaut la délégation [compétente] du personnel » et au paragraphe 2, point 2), « lorsque le tribunal rejette la demande d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire par application de l'article 20 », l'article 19 énumérant les conditions d'ouverture de cette procédure, alors que l'article 20 renvoie à la décision judiciaire.

Articles 57 et 58

La « requête contradictoire » figurant à l'article 57, alinéa 4, ne fait pas de sens. Il convient de faire référence à la « requête notifiée au débiteur deux jours au moins avant l'audience » en supprimant la virgule avant « notifiée au débiteur ».

Au dernier alinéa de l'article 58, il faut écrire « à l'alinéa 2 » au lieu de « au deuxième alinéa ». Lorsque l'article 58, alinéa 2, renvoie à « son autorisation », il semble qu'il s'agisse de l'autorisation du tribunal.

Article 65

Conformément à son observation faite ci-avant concernant l'article 57, alinéa 4, le Conseil d'État propose de supprimer à l'alinéa 2 l'adjectif « contradictoire ».

Article 67

À l'article 67, point 1), il convient de remplacer le terme impropre « minimalisé » par « minimisé ».

Article 69

À l'article 69, point 2), il y a lieu d'écrire « l'article 203, paragraphe 1^{er}, de la loi modifiée du 10 août 1915 ... ».

Article 71

Dans la phrase introductive de l'alinéa 1^{er}, il convient d'écrire « ... sur base de renseignements et documents obtenus par lui ... ».

Au point 1), les termes « de la présente loi » sont à supprimer pour être superfétatoires. Au point 2, il faut se référer à la « loi modifiée du 19 décembre 2002 » et au point 4), il y a lieu de citer en entier, l'intitulé de la loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération interadministrative (et non inter-administrative) et judiciaire.

Finalement, il échet d'écrire aux alinéas 3 et 4 « l'article 69, point 1) ou 2) ».

Article 72

À l'instar de la formulation correctement utilisée à l'alinéa 1^{er}, il convient d'écrire à l'alinéa 2, « la publication de la décision sur le site Internet ».

Article 73

Le point 4 doit être modifié comme suit : « 4. la mention ... ouvre une procédure de faillite ou de liquidation judiciaire à la requête du procureur d'État ; ».

Articles 76, 78 et 80

Aux alinéas 1^{ers} des articles 76 et 78 et aux alinéas 2 et 3 de l'article 80, il convient d'écrire « l'article 69, point 1) ou 2) ».

Article 85

À l'instar des autres dispositions du titre 2, il faut écrire à l'alinéa 1^{er}, « le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale ». À l'alinéa 2, le mot « Tribunal » doit commencer par une lettre minuscule.

Article 86

Le titre 3, formé du seul article 86, contient les modifications apportées au Code de commerce. L'article 86 doit dès lors figurer parmi le titre 4 (3 selon le Conseil d'État) regroupant les dispositions modificatives. Le titre 4 est renuméroté en conséquence et devient le titre 3.

Point 4)

Il faut écrire procureur d'État avec une lettre « p » minuscule à l'article 442, alinéa 1^{er} tel qu'il est proposé d'être modifié.

Point 9)

À la première phrase de l'article 455, tel qu'il est proposé d'être modifié, il convient de mettre le terme « choisi » dans le bout de phrase « choisi parmi les experts » au pluriel.

Point 21)

Le Conseil d'État propose de remplacer à l'article 482, alinéa 1^{er}, tel qu'il est proposé d'être modifié, les termes de « par voie de recommandé » par ceux de « par lettre recommandée ».

Point 24)

L'article 86, point 24) a pour objet la modification de l'article 487-1 du Code de commerce.

Au début de l'alinéa 1^{er} de l'article 487-1, il faut remplacer « une faillite » par « la faillite » et écrire « Lorsque l'actif de la faillite ... », en ce qu'il doit être fait référence à la faillite en question et non à une faillite en général. En outre, le mot « juge » doit être remplacé par « tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale ». À l'alinéa 2, il convient du reste de renvoyer à l'« Administration de l'enregistrement et des domaines ».

Point 26)

À l'article 491, alinéa 2, du Code de commerce, tel qu'il est proposé d'être modifié, il y a lieu de remplacer « ces frais » par « les frais de location ».

Point 29)

L'article 86, point 29) a pour objet la modification de l'article 494 du Code de commerce.

À l'alinéa 2 de cet article, il faut insérer les termes « par les curateurs » à la suite de la première partie de cette phrase « S'il ne lui a pas été remis dans le délai prescrit ».

Point 30)

L'article 86, point 30) a pour objet la modification de l'article 494 du Code de commerce.

Le Conseil d'État propose d'y écrire « procurateur d'État » avec une lettre « p » minuscule.

Points 31) et 39)

À l'image de son observation à l'endroit de l'article 86, point 23), le Conseil d'État propose de remplacer les termes de « par voie de recommandé » par ceux de « par lettre recommandée ».

Point 41)

Il convient de reformuler la phrase introductive de la modification proposée en omettant notamment l'adjectif « nouvel » et en écrivant « à la suite de l'article 507-1 » au lieu de « à la suite de l'article 507-2 ». Cette phrase se lira ainsi comme suit : « Un article 507-2 est inséré à la suite de l'article 507-1... ».

Article 88

À l'alinéa 1^{er} de l'article sous avis, le Conseil d'État propose d'écrire « Chambre de commerce » avec une lettre « c » minuscule pour le mot « commerce » et « tribunal d'arrondissement » avec une lettre « t » minuscule pour le mot « tribunal ».

Articles 89 et 91

Dans la phrase introductive de la modification proposée, il faut se référer à la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

Article 91

Il convient de préciser dans la phrase introductive de la modification proposée que la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance a été modifiée en insérant le terme de « modifiée » à la suite de celui de « loi ».

Article 96

Le mot « acceptés » s'accorde au féminin pluriel. Il convient dès lors d'écrire « acceptées ».

Article 97

Le Conseil d'État propose de supprimer la virgule entre les mots « faillite » et « et l'arrêté grand-ducal ».

Article 99

Le Conseil d'État suggère d'écrire « le premier jour du troisième mois ».

Ainsi délibéré en séance plénière, le 1^{er} décembre 2015.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Viviane Ecker