



Sous-commission "Préservation des entreprises et Modernisation du droit de la faillite" de la Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 19 septembre 2016

Ordre du jour :

1. 6539 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»)- Rapporteur : Monsieur Franz Fayot
- Examen des articles

2. Divers

*

Présents : M. Franz Fayot, Mme Viviane Loschetter
Mme Pascale Millim, M. Daniel Ruppert, du Ministère de la Justice
Mme Tamara Lefèber, du Ministère de l'Economie
Mme Carole Closener, de l'Administration parlementaire

Excusés : Mme Simone Beissel, M. Léon Gloden, M. Roy Reding

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

1. **6539** **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»)

Continuation de l'examen des articles

Titre 3 – Dispositions portant modification du Code de commerce

Article 86

Cet article regroupe les différentes modifications du Code de commerce.

- 1) Article 438 (voir aussi article 577)

Il est rappelé que l'objectif de la modification de l'article 438 est de décriminaliser la banqueroute frauduleuse, en supprimant la distinction entre banqueroute frauduleuse et banqueroute simple. Il a été constaté qu'en pratique peu de banqueroutes frauduleuses étaient poursuivies, une des raisons étant certainement la procédure qui est plus lourde qu'en matière de délit.

Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la plus-value : En effet, même si les infractions de banqueroute sont maintenues, la visée de l'article 438 est uniquement annonciatrice.

Si le Conseil d'Etat 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'Etat 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'Etat propose de reprendre une proposition de l'article 438 qui a été formulée par le Parquet Général.

Parquet Général

Il convient d'approuver le projet de loi en ce que la modification de l'article 438 du Code de commerce, décriminalise les infractions de banqueroute frauduleux.

Les auteurs du projet abrogent toutefois par le même article, la distinction entre les cas de la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse et entendent sanctionner tous les cas de banqueroutes des mêmes peines.

A l'heure actuelle les trois cas de banqueroute frauduleuse sanctionnent les comportements les plus graves, dirigés contre les créanciers et constituant une variante du vol (article 577 points 1 et 2 du Code de commerce) ou du faux en écritures privées (article 577 points 1 et 3 du même code). Les faits actuellement qualifiés de banqueroute frauduleuse sont d'une gravité beaucoup plus importante et témoignent d'une véritable énergie criminelle, tandis que les cas de banqueroutes simples sont pour la majeure partie des négligences volontaires et coupables ou des fautes infractionnelles.

Il conviendrait dès lors absolument de maintenir cette distinction tant dans le texte d'incrimination et la dénomination que dans l'échelle des peines.

Il est recommandé de maintenir la logique du texte actuel et de continuer à distinguer entre les faits qualifiés de banqueroute simple punissables de peines correctionnelles et les faits qualifiés de banqueroute frauduleuse punissables de peines correctionnelles plus élevées.

Les parquets partagent cette vue. Ainsi l'on garderait la proportionnalité et la distinction quant à gravité du comportement tant par l'expression, que par les peines comminées par le texte.

Il semble également opportun de prévoir formellement dans le texte que les délits de banqueroute frauduleuse et simple peuvent non seulement être commis par les commerçants et dirigeants de droit des sociétés commerciales, mais également par les dirigeants de fait d'une société (idem Parquet Diekirch) à l'instar de ce qui est prévu par exemple par l'article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales incriminant l'abus de biens sociaux commis par les dirigeants de droit et de fait.

A l'heure actuelle, c'est seulement la jurisprudence qui étend, et encore au cas par cas et notamment dans les cas d'espèce particulièrement flagrant, certains faits de banqueroute simple ou frauduleux, aux dirigeants de fait. Il est de même proposé de laisser de côté la référence à la faute grave.

L'article 438 du Code de commerce pourrait dès lors se lire comme suit :

Art. 438 : « La faillite est qualifiée de banqueroute simple ou de banqueroute frauduleuse punies correctionnellement, si le commerçant failli ou le dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale en faillite se trouve dans l'un des cas et suivant les distinctions, prévus par le chapitre I et II du titre II ci-après ».

Les membres de la PMCJ approuvent l'analyse du Parquet et décident de reprendre le libellé proposé.

Dès lors, le point 1 sera amendé comme suit :

1) L'article 438 est modifié comme suit :

« Art. 438. La faillite est qualifiée de banqueroute simple ou de banqueroute frauduleuse et punies correctionnellement, si le commerçant failli ou le dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale en faillite se trouve dans l'un des cas et suivant les distinctions de faute grave prévus par les chapitres I et II du titre II ci-après. »

2) Article 439

Le Conseil d'Etat n'émet pas d'observations

3) Article 440

Le Conseil d'Etat s'interroge :

- 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'Etat 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 1er, 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 ?

En réponse à ces interrogations, la PMCJ relève qu'une telle révocation de sursis n'aurait pas d'effet rétroactif et que dès lors le problème évoqué ne se pose pas.

Partant, la PMCJ décide de maintenir le libellé.

TA Luxembourg

Est-ce que la procédure de dissolution administrative sans liquidation a une influence sur les dispositions de l'article 440 du Code de commerce dans l'hypothèse où l'aveu est fait par un commerçant ou une société commerciale qui n'ont ni actifs, ni salariés ?

En réponse à cette question, la PMCJ indique que le problème ne se pose pas dans la mesure où l'initiative de la procédure de dissolution administrative sans liquidation (« PDAL ») appartient au procureur d'Etat.

4) Article 442

Selon le Conseil d'Etat :

- Il convient de remplacer les termes « soit sur saisine du Procureur d'Etat » par « soit sur requête du procureur d'Etat » (idem Parquet Luxembourg).
 - Cette modification transforme fondamentalement le rôle du ministère public, qui, de partie jointe, devient partie demanderesse dans une matière économique.
- Le Conseil d'Etat renvoie à l'observation qu'il a faite à cet égard dans les considérations générales de son avis.

La PMCJ décide de reprendre la modification proposée par le Conseil d'Etat.

Parquet Général

L'inconvénient consiste dans le risque que les parquets pourraient être sollicités (et instrumentalisés) comme en matière de liquidation judiciaire, de plus en plus par les créanciers qui disposent d'une créance certaine, liquide et exigible, afin qu'il introduise au nom du ministère public et sous sa responsabilité, une demande en faillite. Ceci présentera l'avantage pour le créancier de ne pas exposer des frais, de ne pas engager sa responsabilité civile en cas de demande infondée et de ne pas être condamné le cas échéant au paiement d'une indemnité de procédure.

Il sera difficile pour le ministère public de fixer les critères à quelle demande il fait droit et quelle demande sera refusée.

A l'heure actuelle le parquet, s'il dispose de données et d'informations fiables provenant de différents créanciers dont les Administrations ou le Centre commun de sécurité sociale ou

sur base d'une enquête de solvabilité, saisit la chambre commerciale siégeant en chambre du conseil en vue d'une déclaration d'office en état de faillite.

Il convient de préciser le mode de saisine du tribunal par le procureur d'Etat.

Il est suggéré de prévoir un mode de saisine unique consistant dans la convocation par lettre recommandée avec accusé de réception qui établit que le destinataire a été soit personnellement touché, soit informé à son domicile. Ce mode de saisine présente encore l'avantage d'être moins onéreux surtout en matière de faillite, que la signification par voie d'huissier.

Les membres de la PMCJ prennent note de ces observations. Ils relèvent toutefois que le risque de sollicitation évoqué est mineur. Par ailleurs, il appartient au Parquet d'apprécier l'opportunité des poursuites. Quant aux critères évoqués, il s'agit essentiellement de vérifier si les conditions de la faillite sont remplies.

TA Luxembourg

Dans un souci de respect des droits de l'homme il faudrait abroger le prononcé de la faillite d'office sans avoir entendu le futur failli.

Dans cette optique, on pourrait tout simplement abroger le bout de phrase « Sauf en cas de nécessité motivée spécialement d'après les éléments de la cause dans le jugement déclaratif de faillite ».

En réponse à cette observation, et préalablement à toute modification dans ce sens, il est proposé de vérifier le déroulement exact de la procédure avec les tribunaux. Il est précisé par ailleurs que cette disposition figure déjà dans le libellé actuel de l'article 442, l'objectif étant de donner au tribunal la possibilité d'agir rapidement en cas d'urgence.

Sous réserve de modifications supplémentaires, le point 4 sera libellé comme suit :

4) L'article 442 est modifié comme suit :

« **Art. 442.** La faillite est déclarée par un jugement du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, rendu soit sur aveu du failli, soit sur assignation d'un ou de plusieurs créanciers, soit sur requête saisine du Procureur d'Etat, soit d'office. Sauf en cas de nécessité motivée spécialement d'après les éléments de la cause dans le jugement déclaratif de faillite, le tribunal ne prononcera la faillite d'office qu'après avoir convoqué le failli par la voie du greffe en la chambre du conseil pour l'entendre sur sa situation.

Par le même jugement ou par un jugement ultérieur rendu sur le rapport du juge-commissaire, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, déterminera, soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée, l'époque à laquelle a eu lieu la cessation de paiement.

Sauf l'exception portée à l'article 613, cette époque ne peut toutefois être fixée à une date de plus de six mois antérieure au jugement déclaratif de la faillite.

A défaut de détermination spéciale, la cessation de paiement sera réputée avoir eu lieu à partir du jugement déclaratif de la faillite, ou à partir du jour du décès, quand la faillite aura été déclarée après la mort du failli.

Aucune demande tendant à faire fixer la cessation de paiement à une époque autre que celle qui résulterait du jugement déclaratif ou d'un jugement ultérieur, ne sera recevable après le jour fixé pour la première vérification des créances, sans préjudice toutefois à la voie d'opposition ouverte aux intéressés par l'article 473. »

5) Article 443

Conseil d'Etat

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 organisées. Dans son avis du 11 novembre 2003, 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.* »

TA Luxembourg

L'alinéa 1 constitue une redite de l'article 3 du Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité et n'apporte dès lors pas de plus-value. La mise en œuvre de l'alinéa 2 semble délicate dans la mesure où il appartiendrait au syndic nommé par un autre Etat membre de procéder à une publication au Mémorial au Luxembourg. Encore faudrait-il qu'il ait connaissance de l'existence d'un établissement au Grand-Duché de Luxembourg. Cette exigence devrait plutôt être imposée par une norme européenne. Dès lors, le tribunal ne voit pas l'intérêt d'ajouter cet article.

Il est rappelé que cette disposition avait déjà été proposée dans le cadre du projet de loi 5157, déposé en 2003 et retiré du rôle en 2013.

En réponse à la remarque du Conseil d'Etat sur la base légale, il est précisé que l'article 443 remplit davantage une fonction didactique en confirmant ledit règlement et la pratique des tribunaux.

Il s'ensuit une discussion sur l'opportunité de maintenir la disposition.

Suite à la révision dudit règlement, il y aurait lieu, en tout état de cause, d'adapter les références du règlement ainsi que la référence au Mémorial et de vérifier la terminologie.

Etant donné qu'au Luxembourg, les tribunaux font désormais usage de la possibilité d'ouvrir des faillites secondaires, la disposition semble être devenue caduque.

Partant, il est proposé de supprimer le point 5 introduisant l'article 443.

Toutefois, il est proposé de vérifier avec le HCPF s'il existe, dans le cadre de la révision du règlement, la nécessité de faire des adaptations ponctuelles des textes législatifs.

6) Article 444

Le Conseil d'Etat n'émet pas d'observations.

7) Article 444-1 (et point 30, article 495-1)

Le Conseil d'Etat note que 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 nouvel 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 français ou en droit luxembourgeois, 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 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.

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 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.

Ordre des Avocats

Le projet de loi envisage de remplacer la « faute grave et caractérisée » par la « faute de gestion » comme fait générateur soit d'une interdiction prononcée par le tribunal d'exercer certaines activités (art. 444-1 du Code de commerce) soit d'une action en comblement de passif (art. 495-1 du Code de commerce).

Le concept de « faute de gestion » est emprunté au droit français de la faillite.

Il s'agit de « toute faute commise dans l'administration générale de la société, par action ou omission » (G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, t. 2, 17^e éd., 2004 par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ, n° 3285). Une faute même légère suffit, une simple imprudence ou une négligence (E. FORTIS, Répertoire de droit commercial Dalloz, Entreprises en difficultés (Responsabilités et sanctions). Même si le tribunal conserve le pouvoir de ne pas condamner les dirigeants ou, s'il les condamne, de moduler le montant de la condamnation, il n'en reste pas moins qu'en cas de faillite avec insuffisance d'actifs les dirigeants seront systématiquement sous la menace d'une action en comblement de passif.

N'est-il pas un fait que lorsqu'une faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actifs, ce sera dans la grande majorité des cas en raison de décisions critiquables ou simplement malheureuses prises par les dirigeants dans la gestion de l'entreprise ?

Comme toute faute de gestion, qu'elle soit grave ou légère, pourra entraîner la responsabilité des dirigeants, la modification du régime de responsabilité des dirigeants proposée dans le projet de loi rendra illusoire la protection des entrepreneurs qui exercent leur activité en société notamment pour séparer leur patrimoine personnel de leur patrimoine professionnel.

Il est à craindre que l'extension de la responsabilité des dirigeants touchera en premier lieu les « petits » entrepreneurs, ceux qui n'auront pas les moyens de se protéger par une

assurance-responsabilité ou de mettre en place des parades juridiques comme par exemple des gérants personnes morales servant d'écran. Aussi cette évolution vers un régime de responsabilité aggravée dans lequel un dirigeant pourra être condamné à combler le passif de la société pour toute faute de gestion, fût-elle légère, semble aller à l'encontre de la volonté affichée par le Gouvernement « d'encourager l'entrepreneuriat en aidant l'entrepreneur malchanceux et en lui donnant une deuxième chance », comme il est indiqué dans la présentation du projet de loi faite par le Ministère de la Justice.

L'Ordre des Avocats préconise dès lors de maintenir le régime actuel de responsabilité des dirigeants, qui est d'ailleurs pour l'essentiel aussi celui en vigueur en Belgique.

Parquet Général

La modification de l'article 444-1 du Code de commerce sur les interdictions professionnelles est à saluer et à soutenir. A l'heure actuelle le demandeur doit établir une faute grave et caractérisée ayant contribué à la survenance de la faillite, la difficulté résidant dans le fait d'établir le lien de causalité entre la faute et la faillite. Dès lors que l'on considère que toute faute grave et caractérisée constitue une faute de gestion, la jurisprudence antérieure garde sa valeur.

Chambre de Commerce

La Chambre de Commerce est d'avis que ces deux nouveautés contribuent à augmenter fortement les conséquences d'une faillite sur l'entrepreneur et, par conséquent, sont contraires à la vision « seconde chance prévue par le projet de loi et voulue par la Commission européenne.

Ce problème est d'autant plus important que les auteurs du projet de loi ne comptent a priori pas introduire, à l'instar de ce qui existe en Belgique, des chambres d'enquêtes commerciales au sein des tribunaux, ni des juges consulaires.

De l'avis de la Chambre de Commerce, le mélange entre l'absence de juges consulaires pour évaluer les erreurs des entrepreneurs et le fait de faciliter l'exercice de l'action en comblement de passif et l'interdiction de faire commerce risque de former un cocktail explosif pour l'entrepreneuriat au Luxembourg en augmentant de manière dramatique les conséquences d'une faillite pour le chef d'entreprise.

La Chambre de Commerce souhaite également rappeler ici que la décision portant sur l'interdiction de faire commerce devrait être une prérogative des seuls tribunaux et ne devrait pas pouvoir être exercée, comme c'est le cas actuellement, de manière quasi-automatique par le Ministère des classes moyennes, sous couvert de la condition d'honorabilité prévue dans la loi sur l'autorisation d'établissement.

Elle demande par voie de conséquence que les dispositions projetées soient purement et simplement supprimées du projet de loi. Il en va de même en ce qui concerne l'aggravation de la responsabilité du dirigeant en matière d'impôts impayés.

OEC

L'OEC n'a pas trouvé dans le texte du projet d'éléments concrets permettant d'estimer les conséquences éventuelles de cette modification pour les dirigeants, dans la pratique, alors même que la nouvelle terminologie ne se réfère plus à une quelconque gravité ni caractère manifeste desdites fautes. Il paraît pourtant indispensable que toute condition susceptible d'être prise en considération pour engager, le cas échéant, la responsabilité d'un professionnel soit cernée avec autant de précision que possible à défaut d'être expressément définie.

L'OEC est d'avis que les qualifications « graves » et « caractérisées » desdites fautes doivent être maintenues, par opposition à une simple erreur de gestion.

Chambre des Métiers

La Chambre des Métiers réitère en l'espèce les remarques par elle formulées au sujet de l'action en comblement de passif, adoptant ainsi la même logique et la même appréciation : la notion de « faute de gestion » est estimée beaucoup trop large.

Les membres de la PMCJ constatent que les principales critiques visent le remplacement de la notion de « faute grave et caractérisée » par la notion de « faute de gestion », empruntée au droit français. Cette notion beaucoup plus large risquerait en effet, d'après les critiques, de décourager l'entrepreneuriat.

En réponse à ces critiques il est précisé que :

- L'objectif de cette modification est de faciliter la charge de la preuve pour les tribunaux et de diminuer le nombre de multirécidivistes de la faillite ;
- La pratique a révélé que la notion de « faute grave et caractérisée, ayant contribué à la faillite » s'avère trop restrictive ;
- La « faute de gestion » devra avoir un lien causal avec la faillite ;
- D'après la jurisprudence française, parmi les critères d'appréciation figurent la comptabilité incomplète et/ou irrégulière, la poursuite d'une activité déficitaire, l'inertie des dirigeants ou encore les investissements catastrophiques ;
- Parmi les moyens de défense pouvant être invoqués figurent l'absence de lien causal entre la faute et la faillite, la cause externe, notamment la conjoncture, ou encore les efforts personnels consentis par le dirigeant, par exemple la renonciation à une rémunération.
- Les tribunaux gardent une marge d'appréciation quant à l'opportunité de poursuivre ;
- En outre, à la différence du droit français où le failli doit démontrer l'absence de faute de gestion, il n'y a pas de renversement de la charge de la preuve. Celle-ci incombe au demandeur ;
- Enfin, le Parquet Général salue et soutient la modification envisagée.

Par conséquent, il semble opportun de maintenir la notion de « faute de gestion », à la fois à l'article 444-1 et à l'article 495-1 pour l'action de comblement du passif.

Une solution pourrait consister à préciser, soit dans le libellé ou, de préférence, dans le commentaire des articles qu'il doit s'agir d'une « faute de gestion, autre qu'une faute légère », voire d'une « faute de gestion, autre qu'une faute légère, imprudence ou négligence simple ».

La décision sur ce point sera reportée à une réunion ultérieure, suite à la vérification de la jurisprudence française.

8) Article 445

Le Conseil d'Etat n'émet pas d'observations.

Dans un souci de cohérence, le TA Luxembourg suggère de tenir compte des exceptions prévues aux articles 11 et 28 du projet de loi, sous réserve bien évidemment des commentaires faits dans ce contexte.

La PMCJ estime que, dans la mesure où les articles 11 et 28 renvoient à l'article 445, point 2, il n'est pas nécessaire d'y tenir compte des exceptions mentionnées.

9) Articles 455 et 10) Article 456

Le Conseil d'Etat 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 ».

TA Luxembourg

Selon les dispositions de cet article, les curateurs sont choisis parmi les avocats ou les experts assermentés. Néanmoins, l'article 459 prévoit la possibilité de nommer curateur une « troisième catégorie » de personnes.

- Est-ce qu'il ne serait pas plus logique de regrouper toutes les personnes pouvant être appelées à la fonction de curateur dans un seul article.
- Par ailleurs, l'article 459 est libellé d'une manière ambiguë dans la mesure où il y est indiqué « A défaut de liquidateurs assermentés » et qu'il semble être fait abstraction des avocats.

Le tribunal propose dès lors de supprimer l'article 459 et de rajouter un dernier alinéa à l'article 455 qui pourrait être de la teneur suivante :

« Lorsque la nature et l'importance d'une procédure d'insolvabilité le commandent, les curateurs seront nommés parmi les personnes qui offriront le plus de garanties pour l'intelligence et la fidélité de leur gestion. Ces curateurs auront les mêmes droits, les mêmes attributions, et seront soumis à la même surveillance et aux mêmes obligations que s'ils avaient été choisis parmi les liquidateurs assermentés. »

Ordre des Avocats

Dans l'état actuel de la pratique, et bien que cela ne soit pas précisé textuellement par l'art. 456 du Code de commerce, chaque faillite ouverte au Luxembourg comporte au minimum un curateur-avocat.

Si l'Ordre des Avocats accueille favorablement et encourage l'idée de créer une liste d'experts spécialisés en procédures collectives – mesure qui pourrait selon toute vraisemblance contribuer à améliorer l'administration de telles procédures –, il est plus réservé quant au fait d'ouvrir le rôle de curateur à des non-avocats ou à tout le moins de permettre que pour telle ou telle faillite, aucun membre d'un barreau luxembourgeois ne figure parmi les curateurs.

Premièrement, l'Ordre des Avocats fait valoir que les missions du curateur comportent nécessairement des éléments relevant de l'analyse juridique.

Ensuite, la profession d'avocat présente cet avantage qu'elle fait déjà l'objet d'une réglementation propre.

A l'inverse, le projet de loi n° 6539 prévoit sans plus de précisions que les curateurs non-avocats « devront justifier d'une formation particulière et présenter des garanties de compétence en matière de procédures d'insolvabilité ». L'imprécision relative de ces critères, le pouvoir discrétionnaire donné aux tribunaux pour les appliquer et l'absence d'obligations de nature déontologiques sur le modèle de celles applicables aux avocats fait craindre à l'Ordre des Avocats que le statut des curateurs non-avocats ne soit pas aussi protecteur des intérêts du débiteur et de ses créanciers que celui du curateur-avocat.

Enfin, l'Ordre des Avocats observe que la pratique de pays voisins tels la Belgique et les Pays-Bas consiste à nommer des curateurs parmi les avocats, comme actuellement au Luxembourg.

La loi belge du 8 août 1997 sur les faillites dispose à cet égard que « les curateurs sont choisis parmi les personnes inscrites sur une liste établie par l'assemblée générale du tribunal de commerce (...). Peuvent seuls être admis sur la liste (...), les avocats (...) justifiant d'une formation particulière et présentant des garanties de compétence en matière de procédures de liquidation. » Le monopole de l'avocat (spécialisé) en matière de curatelle est donc consacré légalement en Belgique.

Le droit belge fait néanmoins une exception à ce principe, en ce qu'il prévoit que « lorsque la nature et l'importance d'une faillite le commandent, toute autre personne remplissant les conditions de formation et présentant les garanties [de compétence en matière de procédures de liquidation] peut être adjointe en qualité de curateur, en raison de compétences particulières. » Il est encore précisé que le détail des conditions de formation et garanties de compétence est fixé par voie d'arrêt d'exécution.

Il s'agit là d'une solution dont l'Ordre des Avocats propose de s'inspirer, tant elle lui paraît adéquate, flexible et équilibrée.

La formulation des dispositions concernées du présent projet de loi pourrait dès lors être revue comme suit :

« Art. 455. Les curateurs aux faillites sont choisis parmi les avocats inscrits sur une liste de spécialistes en procédures d'insolvabilité établie par le barreau du ressort de la faillite. ~~avocats ou choisi 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.~~ »

„Art. 456. Peuvent seuls être admis sur la cette liste visée à l'article 455 les avocats ~~des experts assermentés désignés comme liquidateurs assermentés toutes les personnes justifiant d'une formation particulière et présentant des garanties de compétence en matière de procédures d'insolvabilité.~~ Lorsque la nature et l'importance d'une faillite le commandent, toute autre personne présentant les garanties prévues à l'alinéa 1er peut être adjointe par le tribunal d'arrondissement compétent au curateur, en raison de compétences particulières. »

La Chambre des Salariés relève que :

- L'article 455 proposé contient une erreur matérielle : le terme « choisi » y figure deux fois.
- L'article 456 énonce que peuvent être admis sur cette liste des experts assermentés désignés comme liquidateurs assermentés toutes les personnes justifiant d'une formation particulière et présentant des garanties de compétence en matière de procédures d'insolvabilité.

A quelles fins cet article nomme-t-il en outre des liquidateurs assermentés ?

Au moins faudrait-il définir cette notion, comme toutes les fonctions dévolues par le projet de loi : curateur, mandataire de justice, conciliateur d'entreprise, administrateur provisoire.

L'article 459 embrouille davantage les esprits en ajoutant qu' « *A défaut de liquidateurs assermentés, lorsque la nature et l'importance d'une procédure d'insolvabilité le commandent, les curateurs seront nommés parmi les personnes qui offriront le plus de garanties pour l'intelligence et la fidélité de leur gestion. Ces curateurs auront les mêmes droits, les mêmes attributions, et seront soumis à la même surveillance et aux mêmes obligations que s'ils avaient été choisis parmi les liquidateurs assermentés.* »

Les curateurs doivent vérifier et rectifier le bilan si nécessaire. S'il n'a pas été déposé, ils doivent le dresser, à l'aide des livres et papiers du failli et des renseignements qu'ils pourront se procurer, et ils le déposeront au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. Le projet leur permet pour autant que l'actif soit suffisant pour en couvrir les frais, avec l'accord du juge-commissaire, de s'adjoindre le concours d'un comptable ou expert-comptable en vue de la confection du bilan.

Le recours à un comptable peut également être utile, en dehors de la confection d'un bilan, dans la lecture pure et simple des documents comptables que le curateur pourra trouver. Une lecture par un expert pourrait permettre de reconnaître des indices de fraude, de mauvaise gestion ayant conduit l'entreprise à sa déconfiture qu'un œil moins averti pourrait ignorer.

La Chambre de Commerce réitère à cet endroit les commentaires faits dans le cadre de l'article 66.

L'OEC est clairement favorable à l'extension de la liste des éventuels liquidateurs, et prend bonne note du rôle que les experts-comptables – en s'appuyant sur leur expérience de partenaires et de conseillers proches des entreprises – pourront ainsi pleinement jouer dans la mise en œuvre des procédures préconisées par le législateur.

Quant aux critères de qualifications des liquidateurs, leur formation professionnelle continue et l'organisation générale de leurs activités, l'OEC se permet de renvoyer à des commentaires similaires que ceux relatifs aux conciliateurs (cf. section II 2-2) : organisation des fonctions de conciliateurs notamment quant à leur formation, définition dans un texte dédié des conditions et modalités d'accès à cette fonction et, le cas échéant, à terme, création d'une nouvelle profession).

Le TA Luxembourg s'interroge : Ne faudrait-il pas préciser ce qu'on entend par une « formation particulière » et déterminer qui décide de l'admission sur cette liste ?

En réponse à ces observations, il est renvoyé à la discussion concernant la liste d'experts assermentés (cf. PV PMCJ 03 du 11 avril 2016, p. 7 et 8 ; PV PMCJ 07 du 9 mai 2016, p. 6 et 7, PV PMCJ 11 du 20 juin 2016, p. 9 et PV PMCJ 13, p. 8).

Il est rappelé, en ce qui concerne la liste d'experts assermentés, qu'il n'était initialement pas prévu de modifier la loi du 7 juillet 1971, la loi ne précisant pas les différentes rubriques sous lesquelles figurent les experts. En pratique, la liste des rubriques est gérée par le ministre, et les rubriques évoluent en fonction des besoins. L'idée sous-jacente du projet de loi était de créer une rubrique d'experts spécialisés en procédures collectives dans la liste des experts assermentés. Il est précisé que la pratique met en évidence les besoins d'experts avec des compétences spécifiques et techniques autres que juridiques. L'inscription sur la liste se fait sur base de dossier contenant, entre autres, les diplômes et CV détaillé de l'intéressé. En règle générale, l'intéressé doit pouvoir se prévaloir d'une formation de niveau supérieur et d'une expérience professionnelle d'un minimum de cinq ans. L'inscription a lieu sur décision du ministre, une fois le diplôme et l'honorabilité vérifiés.

Selon la version actuelle de l'article 455 les avocats peuvent être curateurs sans obligatoirement figurer sur la liste. En revanche, pour être conciliateur, l'inscription sur la liste est obligatoire.

En ce qui concerne l'opposition formelle du Conseil d'Etat émise à l'égard du manque de précision de la formation particulière envisagée et des notions de « garanties de compétence en matière de procédure d'insolvabilité », une solution pourrait consister à prévoir la création de différentes rubriques (conciliateurs, curateurs...) et de préciser les conditions de formations et de compétences dans la loi du 7 juillet 1971 ou éventuellement faire un renvoi au règlement.

Il est proposé de mettre en suspens les points 9 à 13 (articles 455 à 459) et d'étudier une solution cohérente pour l'ensemble des dispositions qui répondra aux critiques formulées dans les différents avis.

Article 460

Selon le TA Luxembourg, cet article serait à supprimer dans la mesure où tous les curateurs pourraient être soumis aux prescrits de l'article 470. Le tribunal ne voit pas la raison d'adopter deux régimes différents si les curateurs sont choisis parmi les avocats ou les liquidateurs assermentés. S'y ajoute encore la « troisième catégorie » de personnes pouvant être nommées curateur.

Il est proposé de mettre en suspens les articles 460 et 470 et de les traiter avec les articles 455 à 459.

2. Divers

La réunion informelle avec les membres du Conseil d'Etat aura lieu le mercredi 26 octobre 2016, à 14h30 en la salle de réunion du Conseil d'Etat.

Luxembourg, le 19 septembre 2016

Le Secrétaire-administrateur,
Carole Closener

Le Président,
Franz Fayot