



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

Procès-verbal de la réunion du 18 juillet 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. Gusty Graas remplaçant Mme Simone Beissel, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden, M. Roy Reding

Mme Pascale Millim, du Ministère de la Justice

Mme Tamara Lefèber, du Ministère de l'Economie

Mme Carole Closener, de l'Administration parlementaire

Excusés : Mme Simone Beissel, Mme Viviane Loschetter

*

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

Article 78

Conseil d'Etat

- Le Conseil d'Etat note que 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'Etat 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.

En réponse à cette observation, il est précisé que le libellé a été calqué sur le recours prévu par la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

- 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'Etat 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.

En réponse à cette remarque, il est renvoyé aux discussions relatives à la publication et à la décision de limiter la publication au RESA.

- Le Conseil d'Etat s'interroge sur la nécessité de notifier le recours au procureur général d'Etat. Au dernier alinéa, la référence à l'acte d'appel est superflue, les règles des articles 934 à 940 du Nouveau Code de procédure civile en matière d'appel de référé s'appliquant.

En réponse à cette observation, il est précisé que la formulation a été copiée telle quelle sur la disposition de l'article 21, paragraphe 4, alinéa 2, prévu par la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

- Le Conseil d'Etat 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'Etat.

Parquet général

Afin de limiter les frais à exposer par les demandeurs et éviter toute contradiction entre jugements, il est proposé de prévoir que tous les recours introduits dans le délai de trois mois seront regroupés dans une seule instance et vidés par un même jugement.

Après l'écoulement du délai de trois mois, le parquet près du tribunal regroupera, s'il y a lieu, tous les recours déposés dans le délai et saisira la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement d'un réquisitoire unique afin de vider le(s) recours.

Ce sera soit le greffe de la chambre commerciale du tribunal territorialement compétent, soit le parquet, qui convoquera les parties ayant déposé un recours, à l'audience.

En réponse à cette remarque, il est indiqué que, dans le cas des sociétés qui sont encore « en vie », le délai de trois mois risque d'être trop long et de mettre ainsi en péril leur survie.

A l'inverse, le délai de trois mois paraît court eu égard aux six mois prévus pour l'ouverture d'une faillite ou d'une liquidation.

Partant, les membres de la PMCJ décident de ne pas tenir compte de cette remarque.

Le recours est porté devant la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement du siège statutaire de la société visée par la demande de dissolution. Ainsi que le propose le Parquet de Diekirch, le tribunal devrait, dans le cadre de cette instance, avoir toutes options, à savoir décider que le réquisitoire en dissolution du procureur d'Etat n'est pas fondé et d'annuler, sinon le cas échéant réformer la décision de dissolution qui sera alors rayée dans le registre de commerce et des sociétés (RCS).

Le tribunal devrait également avoir la possibilité de décider, sur base du dossier lui soumis, la faillite ou la liquidation judiciaire de la société.

Aussi dans l'hypothèse d'une instance unique regroupant tous les recours et déclarations, le risque de contradiction de jugements est exclu.

Si chaque intéressé introduit un recours vidé dans une instance séparée, le sort de l'action dépendra des pièces produites par le créancier : pour un premier créancier le tribunal décidera que la demande en radiation du parquet sera maintenue, tandis que pour un deuxième demandeur qui aura réussi à produire des pièces quant à l'existence d'un actif important, la demande en radiation sera déclarée non fondée.

L'action est jugée selon le droit commun en matière commerciale. Le jugement intervenu sera susceptible d'appel de la part de l'une des parties ou du parquet. L'appel sera porté devant une chambre commerciale de la Cour d'appel. Si aucun recours n'est formé dans le délai de forclusion de trois mois, la société sera définitivement dissoute et radiée du RCS.

La procédure de dissolution administrative sans liquidation sera ainsi clôturée d'office après trois mois si aucun recours n'a été déposé, sinon par le jugement rendu par la chambre commerciale, respectivement l'arrêt rendu par la Cour d'appel.

Dans ce cas, l'exigence, plus que discutable, de la consignation d'une caution par le justiciable qui entend faire valoir ses droits qu'il estime lésés par l'action en radiation introduite du parquet, devient sans objet.

L'article 79 devait être laissé de côté.

L'article 80 pourra être maintenu.

L'alinéa 1^{er} de l'article 81 ainsi que l'article 83 deviennent superflus étant donné que la liquidation sera définitive après l'écoulement du délai de trois mois si aucun recours n'a été introduit, sinon dès que le jugement aura acquis force de chose jugée, respectivement dès que l'arrêt de la Cour d'appel est rendu.

Le pourvoi en cassation, voie du contrôle de la légalité des décisions, devrait être exclu en cette matière, la juridiction de fond disposant d'un large pouvoir d'appréciation souverain tant des pièces produites que quant à l'opportunité de prononcer la liquidation/faillite.

La procédure telle que décrite ci-avant ne devrait pas engendrer, à part les frais de publications, des frais supplémentaires de sorte que l'article 84 alinéa 1^{er} du projet deviendrait superflu. L'alinéa 2 est repris par l'article 85 du projet.

- Selon le TA Luxembourg, ce texte pose le problème de la date de départ : notification ou publication ? Il relance la problématique des sociétés sans siège. Ne devrait-on pas oublier la notification et prévoir que le délai commence à courir à partir de la publication, mais non pas de la publication « sur le site Internet du RCS », mais de celle au Mémorial ?

Pareille publication, quoique plus longue à obtenir, aurait en effet l'avantage de présenter une date certaine.

En réponse à cette observation, il est proposé de mettre en suspens la terminologie (« notification » ou « signification ») et adopter un traitement homogène pour l'ensemble des dispositions concernées.

- Selon le texte, le recours sera formé devant le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et « l'action sera introduite et jugée conformément aux 52 articles 934 à 940 du NCPC », ce qui semble dire que la décision n'aura pas l'autorité de chose jugée (sur l'insécurité juridique provenant de l'utilisation des renvois aux procédures de référé il est renvoyé au commentaire sub I).

Ne vaudrait-il pas mieux prévoir que l'action sera introduite par voie d'assignation donnée au gestionnaire du RCS et au procureur d'Etat (à l'exclusion des créanciers qui pourront être assignés sans que cette assignation ne soit obligatoire) de comparaître à jour fixe devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, aux fins d'y voir constater que les conditions de la procédure administrative ne sont pas remplies et ordonner la fin immédiate de la procédure administrative ainsi que la publication de cette décision au Mémorial ?

Quant aux créanciers et tiers, il faudra également leur donner la possibilité de s'opposer à la radiation d'une société dont ils pourront démontrer qu'elle ne remplit pas les conditions et qu'elle dispose d'un actif susceptible de pouvoir leur être attribué. Il ne faut pas oublier que ce recours n'aura un sens pour eux que dans l'hypothèse de l'existence d'un actif, car dans les autres cas ils assigneront en faillite, la faillite arrêtant ipso facto la procédure en cours.

Afin de simplifier, il faut retenir que la procédure à suivre par eux sera la même que celle prévue pour la société (c'est-à-dire assignation à jour fixe, etc.), le créancier et tiers ayant en outre l'obligation d'assigner la société.

Le texte prévoit que les tiers devront payer une sorte de caution (article 79 du projet). La proposition est choquante en ce sens qu'elle entrave la liberté d'agir devant les tribunaux. Elle est par ailleurs discriminatoire si la société n'a pas à payer cette même caution.

Les actifs éventuellement détenus par une banque pour le compte d'une société déclarée dissoute sans liquidation seront à déposer par ceux qui les détiennent, le cas échéant sous peine de sanction, et endéans un délai à déterminer, auprès de la Caisse de Consignation. Il pourrait être utile de faire inscrire le numéro de Consignation dans les registres du RCS.

Il faut encore donner aux sociétés, ayant fait l'objet d'une mesure de dissolution administrative sans liquidation, la possibilité de requérir, par assignation à date fixe devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, et dans un délai à définir (qui pourrait être de cinq ans à partir de la dissolution), la réouverture (en fait la réinscription au RCS).

TA Diekirch

A l'article 78, il y aurait lieu de préciser ce qu'il faut entendre par « voies de recours ».

Il est référé aux remarques faites dans le présent avis en ce qui concerne la définition de la décision d'ouverture de la procédure (décision du parquet ou décision du gestionnaire du registre de commerce et des sociétés) et en ce qui concerne la nature administrative ou judiciaire de celle-ci.

La précision de la nature du recours conditionnera par la suite l'usage des termes d'assignation ou d'acte d'appel au quatrième alinéa.

Il se pose par ailleurs la question de la nécessité de la signification de l'assignation ou de l'acte d'appel au procureur général d'Etat.

Il est proposé de mettre en suspens cette question et d'adopter un traitement homogène pour l'ensemble des décisions concernées.

Enfin, il est renvoyé à ce qui a été dit au sujet de l'information des créanciers quant à l'ouverture d'une procédure de dissolution par le biais de la seule publication au site internet du RCS.

En fait, le commentaire de l'article devrait plutôt parler du gestionnaire du RCS :

En conclusion des discussions ci-dessus, les membres de la PMCJ décident de maintenir le libellé de l'article 78, à l'exception des adaptations qui s'imposent suite à la mise en place du RESA.

Il est proposé de revenir ultérieurement sur la terminologie à retenir à l'alinéa 2 (« notification » ou « signification ») et d'adopter un traitement homogène pour l'ensemble des décisions concernées.

« **Art. 78.** La société commerciale destinataire de la décision d'ouverture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation, ainsi que tout tiers intéressé, qui estime que les conditions cumulatives visées à l'article 69 1° ou 2° ne sont pas remplies, peut former un recours contre cette décision devant le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale dans un délai d'un mois suivant la notification ou la publication de la décision sur le au Recueil électronique des sociétés et associations, site internet du registre de commerce et des sociétés de la décision.

Si la société commerciale n'a pas pu être touchée par voie de notification à son siège social, le délai court à partir de la publication de la décision au Recueil électronique des sociétés et associations site internet du registre de commerce et des sociétés.

L'action est introduite et jugée comme en matière de référé conformément aux articles 934 à 940 du Nouveau Code de procédure civile.

L'assignation et l'acte d'appel sont signifiés respectivement au registre de commerce et des sociétés, au procureur d'Etat et au procureur général d'Etat. »

Article 79

L'article 79 prévoit le dépôt d'une garantie auprès de la caisse de consignation.

Conseil d'Etat

L'article 79 est à omettre selon le Conseil d'Etat qui formule une opposition formelle.

Le Conseil d'Etat 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 visé.

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

TA Diekirch

Concernant l'article 79, le deuxième alinéa, traitant de l'administration obligatoire d'une preuve en présence de la condition comminatoire contenue à l'article 1^{er}, est superflu.

Elle limite par ailleurs le choix du requérant quant au consignataire.

L'utilité de la notification de la décision de clôture de la procédure à la société dissoute par voie de lettre recommandée avec accusé de réception, prévue à l'article 83, peut être mise en doute, alors qu'en pratique tout courrier adressé à la société dissoute devrait parvenir à la personne qui a repris en main la conduite des affaires de celle-ci, en l'occurrence le gestionnaire du RCS.

En réponse aux observations ci-dessus, il est précisé que l'exigence d'un dépôt d'une garantie auprès de la caisse de consignation visait à éviter qu'un créancier puisse demander l'ouverture d'une procédure longue et coûteuse juste pour des raisons dilatoires.

Par ailleurs, une mesure semblable est d'ores et déjà prévue à l'article 536, dernier alinéa du Code de commerce. Dans ce contexte, il est rappelé que le point 46 du projet de loi prévoit – par mégarde – la suppression de l'article 536 (cf. P.V. PMCJ 13 du 4 juillet 2016).

Il est précisé en outre que cette condition s'applique seulement au tiers intéressé et non pas au débiteur.

Il est proposé de mettre l'article en suspens et d'y revenir ultérieurement, suite à la concertation des tribunaux sur l'opportunité de conserver ce type de mesure et son application en pratique.

Article 80

Conseil d'Etat

- 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'Etat propose d'omettre ces deux alinéas.

Les membres de la PMCJ décident de tenir compte de cette proposition en supprimant les deux alinéas.

- 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'Etat propose de remplacer ce terme par « le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale ».

Les membres de la PMCJ décident de suivre le Conseil d'Etat.

Contrairement à ce qui est prévu à l'article 77, l'alinéa 3 (1^{er} selon le Conseil d'Etat) 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.

- A l'alinéa 4, 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 (...) »

Les membres de la PMCJ proposent de reprendre cette modification.

- Le Conseil d'Etat 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'Etat s'y oppose formellement pour des raisons de sécurité juridique.

S'ensuit une discussion sur les différentes solutions qui pourraient répondre à cette opposition formelle :

- Modifier l'article 77 en supprimant le dernier alinéa ;
- Modifier l'article 80 afin de prévoir le renvoi par le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

En conclusion, les membres de la PMCJ proposent de modifier le libellé de l'article 80 comme suit :

« Art. 80. Le tribunal compétent entend le requérant et examine le bien-fondé de la demande.

~~Si le tribunal constate que les conditions cumulatives d'ouverture d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation visées à l'article 69 1° ou 2° sont remplies, il rejette la demande et ordonne la continuation de la procédure de dissolution administrative sans liquidation.~~

Si le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale ~~tribunal~~ estime que les conditions cumulatives d'ouverture d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation visées à l'article 69 1° ou 2° ne sont pas remplies, il rapporte la décision d'ouverture.

Si le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale ~~tribunal~~ constate que la société remplit les conditions de l'article 437, alinéa 1^{er} du Code de commerce ou ~~la seule condition de faillite ou si la société rentre dans le champ d'application~~ de l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, il **prononce dans le même jugement renvoie les parties devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale pour pouvoir statuer sur** l'ouverture d'une procédure de faillite ou de liquidation judiciaire. »

Article 81

Conseil d'Etat

L'article 81 est à omettre selon le Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations – et à son opposition formelle – 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 ».

Etant donné que l'article 81 est lié à l'article 79, il est proposé de mettre en suspens son examen.

Article 82

Conseil d'Etat

En ce qui concerne l'alinéa 2 de cet article, le Conseil d'Etat 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 de frais et de taxes, est plus logique et notamment plus en accord avec les dispositions de l'article 81.

Il demande de redresser cette disposition, si elle devait être maintenue, dans le sens de ce commentaire.

Chambre de Commerce

La Chambre de Commerce relève qu'en cas de découverte d'actifs, la garantie financière avancée par le tiers doit lui être restituée sans déduction de frais, alors que les frais de justice seront considérés comme frais de la masse, ainsi que cela résulte du commentaire des articles. Par conséquent, les termes « sous déduction des frais et taxes éventuellement dus » sont à supprimer à l'alinéa 2 de l'article 82.

Les membres de la PMCJ décident d'effectuer les adaptations qui s'imposent suite à la mise en place du RESA.

L'alinéa 2 concerne la garantie financière et sera mis en suspens, à l'instar des articles 79 et 81.

« **Art. 82.** En cas de décision de rabattre la procédure de dissolution administrative sans liquidation, la décision est publiée à la diligence du gestionnaire du registre de commerce et des sociétés sur le [Recueil électronique des sociétés et associations site internet du registre de commerce et des sociétés.](#)

Si la décision est intervenue en raison de l'existence d'un actif de la société, et qu'une faillite ou une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte, la garantie financière fournie par le tiers est restituée, déduction faite des frais et taxes éventuellement dus, au tiers intéressé. »

Article 83

L'article 83 a traité à la clôture de la PDAL en fixant le délai à 6 mois. En pratique, le délai de 6 mois est considéré comme utile et suffisant afin de procéder à toutes les vérifications nécessaires et d'évacuer une faillite ou une liquidation dépourvue d'activité et d'actifs.

Conseil d'Etat

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'Etat 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 (idem TA Diekirch).

TA Diekirch

L'article 83 traitant de la clôture de la procédure n'a pas sa place sous le chapitre 3 concernant les voies de recours.

Il y a, par ailleurs, lieu de s'interroger sur le sens du troisième alinéa de l'article 83 : « La décision de clôture des opérations de la procédure de dissolution administrative sans liquidation entraîne la dissolution de la société et 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. »

En effet, l'on aurait pu se poser la question si ce n'est pas la décision d'ouverture de la procédure qui entraînera la dissolution et la décision de clôture entraînant celle de la disparition effective de la personne morale. Il faudrait, en effet, d'abord qu'il y ait dissolution de la

personne morale avant qu'il puisse y avoir liquidation de son patrimoine, peu importe l'importance de celui-ci. Au-delà, la disposition de ce troisième alinéa de l'article 83, aux termes de laquelle la décision de clôture « entraîne dissolution de la société et emporte clôture immédiate de sa liquidation en cas de constatation d'actif inférieur au seuil à fixer par règlement grand-ducal », n'est-elle pas une tautologie ? La présence d'un actif inférieur à ce seuil n'est-elle pas une condition prérequise pour l'ouverture même de cette procédure ?

En réponse à ces observations, les membres de la PMCJ décident de suivre le Conseil d'Etat en supprimant, à l'alinéa 2, le bout de phrase « et 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 ».

Par ailleurs, en réponse à l'observation du TA Diekirch concernant l'alinéa 3, il est proposé d'y remplacer le terme « dissolution » par les termes « disparition et radiation ».

En outre, il est proposé d'adapter le libellé suite à la mise en place du RESA.

Enfin, il est proposé de regrouper les articles 83 à 85 sous un nouveau chapitre libellé comme suit :

« Chapitre 4. La clôture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation »

Partant, l'article 83 est amendé comme suit :

« **Art. 83.** La procédure de dissolution administrative sans liquidation est clôturée au plus tard six mois après la publication de la décision d'ouverture.

La décision de clôture émanant du registre de commerce et des sociétés est notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception à la société commerciale et publiée sur le au Recueil électronique des sociétés et associations site internet du registre de commerce et des sociétés.

La décision de clôture des opérations de la procédure de dissolution administrative sans liquidation entraîne la disparition et la radiation dissolution de la société et 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. »

Article 84

L'article 84 a trait aux frais du gestionnaire du RCS.

Le Conseil d'Etat se demande si c'est 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 pourrait être désintéressée 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'Etat 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 ?

TA Diekirch

Pour qu'il y ait prise en charge des frais par l'Etat, tel que prévu à l'article 84, faudrait-il passer par la procédure du débet ?

En réponse à ces observations, et afin de simplifier la procédure, les membres de la PMCJ décident de supprimer la 2^e phrase de l'alinéa 1^{er} et de la remplacer par le libellé suivant :

« Tout actif récupéré est versé à l'Etat qui procède au paiement des frais du gestionnaire du registre de commerce et des sociétés. »

Il est proposé par ailleurs de supprimer l'alinéa 2.

Partant, sous réserve de vérification, l'article 84 est amendé comme suit :

« **Art. 84.** Les frais du gestionnaire du registre de commerce et des sociétés sont fixés sur base forfaitaire fixé par règlement grand-ducal. **Tout actif récupéré est versé à l'Etat qui procède au paiement des frais du gestionnaire du registre de commerce et des sociétés. En cas d'actif récupéré le registre de commerce et des sociétés procède à un décompte en déduction de cet actif.** En cas d'absence d'actif ou si l'actif ne permet pas de couvrir tous les frais engendrés par la présente procédure, ces frais seront payés par l'Etat.

~~Un éventuel solde de l'actif récupéré est déposé à la caisse de consignation.~~ »

Article 85

Conseil d'Etat

L'article sous examen traite de la découverte d'actifs 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'Etat 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 des actifs, 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 les 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'Etat exprime dès lors son opposition formelle à l'égard de ce texte.

TA Diekirch

A l'article 85, il y aurait lieu de préciser à la demande de qui le tribunal sera appelé à ordonner la consignation des sommes et valeurs composant l'actif et apparaissant pendant ou après la procédure.

En réponse à ces observations, les membres de la PMCJ décident de modifier le libellé de l'alinéa 1^{er} et de supprimer l'alinéa 2.

Par ailleurs, des formulations seront proposées afin de modifier les dispositions concernées de la loi modifiée du 10 août 1915 et du Code de commerce.

Sous réserve de vérifications, l'article 85 est amendé comme suit :

« **Art. 85.** Si des actifs supérieurs au seuil fixé par règlement grand-ducal apparaissent postérieurement à la clôture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation, le tribunal **nomme un liquidateur ad hoc qui procède à la réalisation et la distribution de l'actif suivant les règles relatives à la liquidation des faillites. ordonne la liquidation sur requête du procureur d'Etat en application de l'article 203, paragraphe 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.**

~~Les actifs, s'ils consistent en sommes et valeurs, qui apparaissent pendant la procédure de dissolution administrative sans liquidation ou postérieurement à la clôture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation, de la procédure de faillite ou de la procédure de liquidation judiciaire sont déposés à la caisse de consignation sur ordre du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.~~ »

Titre 3 – Dispositions portant modification du Code de commerce

Article 86

Cet article regroupe les différentes modifications du Code de commerce.

Article 438 (voir aussi article 577)

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^{er} et 2 du Code de commerce) ou du faux en écritures privées (article 577 points 1^{er} 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 la 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 ou 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 frauduleuse, 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 ». »

2. Divers

Les membres de la PMCJ expriment le souhait d'organiser, courant octobre, préalablement à la finalisation des amendements, une réunion informelle avec les membres du Conseil d'Etat.

Luxembourg, le 18 juillet 2016

Le Secrétaire-administrateur,
Carole Closener

Le Président,
Franz Fayot