

N° 6485³

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2012-2013

PROJET DE LOI**portant modification de l'article 567 du Code de commerce**

* * *

RAPPORT DE LA COMMISSION JURIDIQUE

(10.4.2013)

La Commission se compose de: M. Gilles ROTH, Président-rapporteur; MM. Marc ANGEL, Xavier BETTEL, Alex BODRY, Félix BRAZ, Mme Christine DOERNER, MM. Léon GLODEN, Jacques-Yves HENCKES, Jean-Pierre KLEIN, Paul-Henri MEYERS, Mme Lydie POLFER et M. Lucien WEILER, Membres.

*

I. ANTECEDENTS

Le projet de loi 6485 portant modification de l'article 567 du Code de commerce a été déposé à la Chambre des Députés le 9 octobre 2012 par le Ministre de la Justice.

Le projet de loi était accompagné d'un exposé des motifs ainsi que d'un commentaire de l'article unique.

La Chambre de commerce et la Chambre des métiers ont rendu un avis commun le 17 décembre 2012.

Le Conseil d'Etat a rendu un avis le 12 mars 2013.

La Commission juridique a désigné M. Gilles ROTH rapporteur du projet de loi lors de sa réunion du 20 mars 2013. Elle a encore, à cette même occasion, analysé le projet de loi ainsi que l'avis du Conseil d'Etat et des chambres professionnelles.

La Commission juridique a adopté le présent rapport lors de sa réunion du 10 avril 2013.

*

II. CONSIDERATIONS GENERALES

Avec le projet de loi 6485, le Luxembourg sera le premier pays européen à légiférer dans un domaine directement lié au *cloud computing*. Par l'amendement ponctuel proposé le code de commerce sera modernisé de façon à couvrir expressément le droit de revendication portant sur des biens meubles incorporels, notamment en cas de faillite du prestataire de service en matière de *cloud computing*.

Le projet de loi qui comporte un article unique, vise à modifier l'article 567 du Code de commerce. Les articles 566 à 572 du Code de commerce contiennent les règles relatives à la revendication en cas de faillite. L'article 567 prévoit que le propriétaire de marchandises consignées auprès du failli soit à titre de dépôt soit pour être vendues, peut revendiquer ces marchandises à condition qu'elles se trouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure. L'article 567-1 du Code de commerce permet au vendeur d'un bien mobilier non fongible qui a réservé la propriété de ce bien jusqu'au paiement intégral du prix, de revendiquer ce bien auprès du failli. Cette disposition a été introduite en droit luxembourgeois par la loi du 31 mars 2000 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente et modifiant certaines dispositions du Code de commerce¹.

1 Mém. A-n° 32, 21 avril 2000, page 814.

La revendication, telle qu'elle est prévue à l'heure actuelle par le Code de commerce, exige la réunion de trois conditions cumulatives:

- Le réclamant doit établir que la chose revendiquée soit un corps certain qui existe encore en nature dans le patrimoine du failli;
- Que cette chose est la même que celle remise au failli;
- Que le revendiquant en est le propriétaire selon les principes généraux du droit².

Le projet de loi apporte trois modifications principales à l'article 567 du Code de commerce. En premier lieu il procède à une modernisation de cette disposition. Si l'article 567-1 du Code de commerce vise les biens mobiliers non fongibles³, l'article 567 vise, dans sa version actuelle, les „*marchandises*“. Les auteurs du projet de loi rappellent que même si la jurisprudence a toujours interprété le terme „*marchandises*“ d'une manière large, il convient d'adapter le texte de loi en tenant compte de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 567 du Code de commerce. Ainsi, le projet de loi propose de remplacer le terme „*marchandises*“ par la notion de „*biens meubles corporels non fongibles*“. Un bien corporel étant un bien „[...] *tangible, palpable, qui a une existence concrète*“⁴ par opposition aux biens incorporels qui sont des „[...] *biens ou valeurs qui échappent à toute appréhension matérielle*“⁵.

Ce deuxième type de biens est visé par le nouvel alinéa 2 de l'article 567 du Code de commerce qui règle la revendication des „*biens meubles incorporels non fongibles*“. D'aucuns estiment que du fait de cette interprétation large du terme marchandises, l'article 567 du Code de commerce permet déjà à l'heure actuelle de revendiquer tant des biens meubles corporels que des biens meubles incorporels⁶. Ainsi dans son avis du 12 mars 2013, le Conseil d'Etat constate que „[...] *[E]n effet, un bien peut être corporel ou incorporel, fongible ou non fongible. Ce qui importe en matière de revendication ou de réserve de propriété, c'est de pouvoir l'individualiser et de le récupérer „physiquement“ (sachant que cela est possible même pour un bien non corporel) [...]*“ et qu'on pouvait retrouver raisonnablement „*cette réalité juridique multifacette dans les articles 567 et 567-1*“⁷.

C'est l'avènement du *cloud computing* qui a changé la donne. Les auteurs du projet illustrent le *cloud computing* de la manière suivante: „[...] *l'une des applications du Cloud computing consiste par exemple pour une entreprise, une association ou une personne privée à ne plus conserver ses données et fichiers voire logiciels sur son propre système informatique, mais de les faire stocker sur des infrastructures informatiques externes accessibles via Internet*“⁸.

Il va sans dire, que la possibilité d'identifier et de récupérer les données confiées au prestataire *cloud* est une condition essentielle du succès mais aussi de la sécurité de tels services et ceci d'autant plus en cas de faillite du prestataire *cloud*⁹. D'où l'intérêt du projet de loi sous rapport.

Les conditions qu'une revendication de biens meubles incorporels non fongibles doit remplir sont aux termes du nouvel alinéa 2 de l'article 567 du Code de commerce, les suivantes:

2 Tribunal d'arrondissement (com.) de Luxembourg, 22 juillet 1998, n° 48371.

3 Conformément aux travaux préparatoires de la loi du 31 mars 2000 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente et modifiant certaines dispositions du Code de commerce, „[L]’article 567-1 du Code de commerce ne vise que la vente de biens mobiliers. Sont visés tant l’actif circulant que l’actif immobilisé, y compris les biens meubles corporels. Sont résolument exclus les immeubles“, rapport de la commission juridique, (doc. parl. 4470³), commentaire des articles, 2 février 2000, page 3.

4 CORNU Gérard, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, éd. Quadrige/PUF, 8e mise à jour, avril, 2007, page 244.

5 Idem., page 480.

6 Jean-Louis SCHILTZ estime que „*Les données sont des biens meubles incorporels et la notion de „biens meubles non fongibles“ comprend aussi les biens meubles incorporels. Il ne devrait partant pas y avoir d’obstacle de principe en l’état actuel du droit luxembourgeois à ce que le client revendique les données confiées au prestataire cloud, car ces données lui ont été confiées, en sa qualité de prestataire de services, sans qu’à aucun moment un transfert de propriété n’était envisagé ou convenu*“, SCHILTZ Jean-Louis, *Faut-il se méfier du cloud?*, JTL, n° 24, 5 décembre 2012, page 155.

7 Projet de loi 6485, avis du Conseil d'Etat du 12 mars 2013, (doc. parl. 6485²), page 1.

8 Projet de loi 6485, exposé des motifs, (doc. parl. 6485¹), pages 2 à 3.

9 Voir, en ce sens, SCHILTZ Jean-Louis, *Faut-il se méfier du cloud?*, JTL, n° 24, 5 décembre 2012, page 155.

- Les biens revendiqués doivent être non fongibles, c'est-à-dire ils doivent exister en nature et pouvoir faire l'objet d'une individualisation. Ce principe découle de l'action en revendication, qui, selon les conditions énumérées ci-avant, ne saurait s'appliquer qu'à un bien identifiable¹⁰;
- Ils doivent être en possession du failli ou être détenu par lui;
- Ils doivent être séparables de tous autres biens meubles incorporels non fongibles au moment de l'ouverture de la procédure. Les auteurs du projet de loi précisent que „[...] cela signifie concrètement que le curateur doit pouvoir séparer les données et fichiers du revendiquant de toutes autres données et fichiers. Cette séparation se fera notamment au moyen des infrastructures et logiciels de gestion relaiés par le failli ou que ce dernier avait à sa disposition. Les frais des opérations de séparation des données sont à charge de la revendication et le texte de loi précise ce point“¹¹.
- Ils peuvent être revendiqués par leur propriétaire ou par celui qui les a confiés au failli;
- Les frais de la revendication sont à charge du revendiquant.

A noter que la revendication de biens meubles incorporels telle que prévue par le projet de loi va au-delà de la revendication telle que consacrée au premier alinéa de l'article 567 en ce qu'elle vise non seulement les biens consignés auprès du failli mais, d'une manière plus générale, les biens en possession du failli ou détenus par lui. A cela s'ajoute que non seulement le propriétaire de ces biens pourra exercer le droit de revendication mais également celui qui a confié ces biens au failli telle, par exemple, une société de services informatiques ayant recours à un prestataire de services *cloud*.

Le projet de loi consacre dès lors formellement les règles à suivre en matière d'une revendication de biens meubles incorporels non fongibles. Le projet de loi a ainsi le mérite d'apporter davantage de sécurité juridique quant à l'existence d'un droit de revendication en la matière et quant aux conditions d'exercice de ce droit. Bien évidemment, la question de l'accès effectif à ces biens, en particulier aux données détenues par le prestataire *cloud* en faillite, reste essentielle et pourra être précisée dans le contrat conclu entre le prestataire *cloud* et son client (par exemple par l'obligation de créer des *back up*)¹².

Enfin, la nouvelle disposition précise que les biens meubles incorporels non fongibles, pour pouvoir être revendiqués, ne doivent pas avoir été donnés en gage ou en garantie ou faire l'objet d'un contrat de garantie financière.

*

III. AVIS DES CHAMBRES PROFESSIONNELLES

La Chambre de commerce et la Chambre des métiers ont rendu un avis commun le 17 décembre 2012 par lequel elles saluent l'initiative législative prise en ce domaine. La Chambre de commerce et la Chambre des métiers n'ont, quant au fond, soulevé aucune critique et ont formulé quelques suggestions formelles qui sont analysées dans le cadre du commentaire des articles qui suit.

*

IV. AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Le Conseil d'Etat a rendu un avis le 12 mars 2013. La Haute Corporation accueille le projet de loi favorablement en reconnaissant la nécessité d'adapter l'article 567 du Code de commerce à l'avènement du *cloud computing*. Le Conseil d'Etat se demande seulement si, par souci d'homogénéité terminologique, il ne faudrait pas relire les articles 567-1, 568, 570 et 571 du Code de commerce à la lumière de la nouvelle terminologie et faire les adaptations terminologiques et juridiques qui s'imposent en conséquence.

La Commission juridique relève que l'observation du Conseil d'Etat est pertinente mais qu'il n'y a pas lieu de modifier les articles précités.

¹⁰ Travaux préparatoires de la loi du 31 mars 2000 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente et modifiant certaines dispositions du Code de commerce, rapport de la commission juridique, (doc. parl. 4470³), commentaire des articles, 2 février 2000, page 3.

¹¹ Projet de loi 6485, exposé des motifs, (doc. parl. 6485¹), page 3.

¹² Voir, en ce sens, SCHILTZ Jean-Louis, *Faut-il se méfier du cloud?*, JTL, n° 24, 5 décembre 2012, page 156.

En effet, l'article 567-1 du Code de commerce ne paraît pas devoir faire l'objet d'une modification dans ce contexte alors qu'il vise déjà les biens meubles non fongibles, ce qui permet donc la vente avec réserve de propriété de biens incorporels, ce qui avait été relevé à l'époque de l'introduction de cet article dans l'ordre juridique luxembourgeois.

Pour ce qui est des autres articles, ils sont rédigés dans la perspective d'une circulation physique de marchandises et se prêtent dès lors difficilement à un simple travail de retouche. Comme il n'a pas été établi que la refonte de ces articles apporterait une plus-value par rapport à l'objectif poursuivi et atteint pas la seule modification de l'article 567, il a été donc été retenu de ne pas faire d'adaptations dans les articles cités par le Conseil d'Etat au vu des adaptations terminologiques déjà proposées à l'article 567.

*

V. COMMENTAIRE DE L'ARTICLE UNIQUE

Alinéa 1er

L'alinéa 1er actuel de l'article 567 du Code de commerce, se référant à la seule notion de „marchandises“, est remplacé par deux alinéas dont l'un traite des biens meubles corporels non fongibles, et le second des biens meubles incorporels non fongibles. Il est ainsi proposé de moderniser la terminologie employée à l'alinéa 1er actuel en remplaçant le terme de „marchandises“ par les termes de „biens meubles corporels non fongibles“, s'agissant là d'une catégorie juridique aux contours bien déterminés. Pour le surplus, l'alinéa 1er de l'article 567 reste en l'état, alors que la disposition visée a fait ses preuves.

Alinéa 2

Le nouvel alinéa 2 de l'article 567 traite du cas des biens meubles incorporels non fongibles. Il a été jugé utile de traiter ce cas à part, dans une nouvelle disposition, étant donné que la revendication en matière incorporelle ne saurait être limitée aux cas du dépôt et de vente pour compte du propriétaire, comme elle l'est en matière corporelle.

Il existe en effet aujourd'hui des hypothèses auxquelles le législateur n'a pas pensé il y a 10 ans et qui sont plus que de simples cas d'école. Ceci est le cas notamment des prestations offertes de façon de plus en plus large, à la fois au public en général et aux professionnels en particulier, en matière d'outsourcing ou d'informatique dématérialisée, appelée communément informatique dans le nuage (*cloud computing*). L'une des applications du *cloud computing* consiste par exemple pour une entreprise, une association ou une personne privée à ne plus conserver ses données et fichiers voire logiciels sur son propre système informatique, mais de les faire stocker sur des infrastructures informatiques externes accessibles via Internet. Or, il faut faire en sorte que celui qui a recours à de tels services puisse en cas de faillite du prestataire récupérer les données et fichiers afférents, en ce inclus les traitements qui auront été effectués par le failli ainsi que les résultats de ces mêmes traitements.

Quant à la recevabilité d'une action en revendication, le texte ouvre le droit à la revendication tant à celui qui a confié les données au failli qu'au propriétaire des données lui-même. Dans certains cas, il s'agira de la même personne; dans d'autres cas il peut s'agir de deux personnes différentes, chacune d'entre elles disposant dans ce cas d'une action en revendication.

Pour qu'il puisse y avoir utilement une revendication dans le domaine incorporel, les biens visés doivent être séparables d'autres biens meubles incorporels non fongibles au moment de la faillite. C'est l'équivalent de la condition selon laquelle les biens doivent exister en nature que l'on retrouve dans l'alinéa 1er à propos des biens meubles corporels. C'est aussi une précision par rapport à la notion d'infongibilité. Dans l'exemple susvisé du *cloud computing*, cela signifie concrètement que le curateur doit pouvoir séparer les données et fichiers du revendiquant de toutes autres données et fichiers. Cette séparation se fera notamment au moyen des infrastructures et logiciels de gestion relâchés par le failli ou que ce dernier avait à sa disposition. Les frais des opérations de séparation des données sont à charge de la revendication et le texte de loi précise ce point.

Dans leur avis commun du 17 décembre 2012, la Chambre de commerce et la Chambre des métiers relèvent que „dans la mesure où il est admis que les frais de revendication sont toujours à la charge du revendiquant, les deux chambres professionnelles estiment que toute précision sur ce point est superfétatoire“.

La Commission juridique estime toutefois que dans la mesure où l'objet du projet de loi est précisément d'exposer clairement, notamment à l'attention des usagers de services *cloud* les règles du jeu s'agissant de biens incorporels non fongibles, il est utile de maintenir le texte afférent à l'alinéa 2. Il est rappelé à cet égard que les frais de revendication sont ceux directement liés à l'exercice de la revendication et non ceux qui résultent d'une action judiciaire en revendication au cas où le curateur conteste le droit de revendiquer: les frais d'une telle instance seront évidemment à charge de la partie qui succombe.

Dans leur avis commun précité, la Chambre de commerce et la Chambre des métiers relèvent que la possession et la propriété sont deux concepts très proches et qu'en règle générale le propriétaire et le possesseur ne sont qu'une seule personne. Ainsi, afin d'éviter toute ambiguïté, les deux chambres professionnelles proposent de remplacer les termes „en possession (du failli)“ par ceux de „qui se trouvent auprès (du failli)“.

En réponse à cette remarque, la Commission juridique rappelle que l'article 2279 du Code civil qui dispose qu'„en fait de meubles, la possession vaut titre“ n'établit en réalité qu'une présomption *juris tantum* (ou présomption simple, c'est-à-dire qui peut être renversée par la preuve du contraire). De plus la possession en matière de *cloud computing* est réglée de façon contractuelle, de sorte qu'aucune ambiguïté n'existe en ce qui concerne le possesseur. Enfin le libellé de l'alinéa 2, tel que proposé par les auteurs du projet de loi, fait référence non seulement à la possession, mais aussi à la détention qui caractérise une emprise matérielle sur le bien indépendamment du titre qui pourrait la justifier, ce qui permet de couvrir tous les cas voulus.

Partant, la Commission juridique décide de maintenir la terminologie proposée par les auteurs du projet de loi.

Alinéa 3

L'alinéa 3 correspondant à l'alinéa 2 actuel de l'article 567 a été légèrement modifié pour refléter les modifications effectuées à l'alinéa 1er et l'insertion du nouvel alinéa 2.

Quant à la suggestion de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers de limiter le champ de l'alinéa 3 aux seuls biens meubles corporels, la Commission juridique relève que l'alinéa 3 peut trouver à s'appliquer également dans le contexte de l'alinéa 2. Si l'on imagine par exemple le photographe professionnel qui transmet un cliché au format numérique à un prestataire qui vend des clichés via une plateforme électronique, on se trouve certainement dans un cas où le photographe pourrait revendiquer le prix si ledit cliché a été vendu et que le prestataire se trouve en faillite. La formulation volontairement plus large de l'alinéa 2 (possession et détention) n'exclut pas la consignation au titre de dépôt ou de vente pour compte du propriétaire et il est partant parfaitement légitime de prévoir que le droit de revendication se reporte sur le prix en cas de revente également dans le cas des biens meubles incorporels.

Alinéa 4

L'alinéa 4 traite du cas des biens meubles incorporels non fongibles donnés en gage ou en garantie. Pour qu'il puisse y avoir revendication, il faut en effet que les biens visés n'aient pas été donnés en gage ou en garantie. Cette précision est nécessaire pour régler d'éventuels conflits dans ce contexte. Par contre, pour les biens meubles corporels, elle ne l'est pas, car dans cette hypothèse, la revendication se limite aux cas de dépôt et de consignation d'objets destinés à être vendus (elle est donc a fortiori exclue, lorsqu'il y a un gage ou une garantie).

Il a enfin paru utile de préciser dans une deuxième phrase de l'alinéa 4 que les dispositions en matière de revendication ne s'appliquent pas aux contrats de garantie financière gouvernés par la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.

La Chambre de commerce et la Chambre des métiers estiment, compte tenu des remarques formulées au sujet des alinéas 2 et 3, que l'alinéa 4 du nouvel article 567 devrait se lire comme suit: „Les dispositions de l'alinéa qui précède ne s'appliquent pas lorsque les biens meubles incorporels non fongibles ont été donnés en gage ou en garantie“.

Comme la Commission juridique a retenu de ne pas changer le texte des alinéas 2 et 3, il n'y a pas lieu de donner suite à cette observation.

VI. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, la Commission juridique recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi n° 6485 dans la teneur qui suit:

*

PROJET DE LOI **portant modification de l'article 567 du Code de commerce**

Article unique.– L'article 567 du Code de commerce est remplacé par les dispositions suivantes:

„Les biens meubles corporels non fongibles consignés au failli, soit à titre de dépôt, soit pour être vendus pour le compte du propriétaire, peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se trouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure.

Les biens meubles incorporels non fongibles en possession du failli ou détenus par lui peuvent être revendiqués par celui qui les a confiés au failli ou par leur propriétaire, à condition qu'ils soient séparables de tous autres biens meubles incorporels non fongibles au moment de l'ouverture de la procédure, les frais afférents étant à charge du revendiquant.

En cas de revente des biens visés aux deux alinéas qui précèdent par le failli avant l'ouverture de la procédure, le propriétaire peut réclamer le prix ou la partie du prix dont l'acheteur ne s'est pas acquitté, de quelque manière que ce soit, à la date du jugement déclaratif de faillite.

Les dispositions des alinéas 2 et 3 ne s'appliquent pas lorsque les biens incorporels non fongibles ont été donnés en gage ou en garantie. Elles ne s'appliquent pas davantage aux biens incorporels non fongibles qui font l'objet d'un contrat de garantie financière soumis aux dispositions de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.“

Luxembourg, le 10 avril 2013

Le Président-rapporteur,
Gilles ROTH

