

N° 6539<sup>2</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2012-2013

**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 com-  
merce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les  
comptes annuels des entreprises,**
- (5) la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de régler 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“)**

\* \* \*

**SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Dépêche du Procureur Général d'Etat au Ministre de la Justice (8.7.2013).....	2
2) Avis du Parquet Général (28.6.2013) .....	2
3) Avis du Procureur d'Etat à Luxembourg (18.3.2013).....	18
4) Avis du Procureur d'Etat à Diekirch	
– Dépêche du Procureur d'Etat à Diekirch au Procureur Géné- ral d'Etat (18.3.2013).....	22
5) Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (14.3.2013).....	28
6) Avis du Tribunal d'arrondissement de Diekirch (30.5.2013) ..	58

\*

**DEPECHE DU PROCUREUR GENERAL D'ETAT  
AU MINISTRE DE LA JUSTICE**

(8.7.2013)

Madame la Ministre,

Veuillez trouver en annexe les différents avis des juridictions quant au projet de loi sous rubrique:

- Avis du Parquet Général (28 juin 2013)
- Avis de Monsieur le Procureur d'Etat à Luxembourg (18 mars 2013)
- Avis de Monsieur le Procureur d'Etat à Diekirch (18 mars 2013)
- Avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (14 mars 2013)
- Avis du Tribunal d'arrondissement de Diekirch (30 mai 2013)

Je vous prie d'agréer, Madame la Ministre, l'expression de ma haute considération.

*Le Procureur Général d'Etat,*

Robert BIEVER

\*

**AVIS DU PARQUET GENERAL  
sur le projet de loi relative à la préservation des entreprises et  
portant modernisation du droit de la faillite**

(28.6.2013)

Dans le cadre de la réforme du droit des faillites les autorités judiciaires ont été invitées d'émettre leurs avis sur le projet de loi relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite.

Le parquet près du Tribunal d'arrondissement de Diekirch et le parquet près du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg ont émis leur avis en date des 18 et 20 mars 2013 en insistant sur l'abandon de l'intervention du ministère public dans la phase de sauvetage de l'entreprise et en émettant des contre-propositions en matière de la réforme des liquidations d'office et du droit de la faillite de sociétés sans actifs et sans activité. Les deux parquets ont suggéré en grande partie les mêmes propositions de modification en matière de réforme de la matière de la banqueroute et ont procédé ponctuellement à des commentaires d'articles.

L'avis du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 14 mars 2013, élaboré plus particulièrement par les chambres commerciales, soulève la question de la place et de la fonction des juridictions commerciales et souligne l'opportunité du moment et la nécessité en général, d'inscrire le Tribunal de commerce qui existe déjà virtuellement, dans l'organisation judiciaire. Les commentateurs ont ensuite procédé à une analyse et un commentaire, article par article, du projet et abordé les aspects pratiques et les difficultés que les textes nouveaux pourraient créer. Ils expriment leurs plus grandes réserves quant au volet relatif à la réorganisation des entreprises en difficultés et amplifient l'avis d'une appréciation générale en ce qui concerne les dissolutions administratives d'office sans liquidation de sociétés avec des propositions d'importantes modifications dans la procédure.

Le tribunal d'arrondissement de Diekirch a élaboré dans son avis du 30 mai 2013 une critique constructive en renvoyant pour partie aux expériences acquises en Belgique et à la réforme du texte belge, en vue de l'amélioration du texte sous avis et a formulé des propositions de modification de la procédure administrative de liquidation et de faillite en tenant compte de la pratique et des spécificités luxembourgeoises.

Le parquet général rejoint entièrement les commentaires, mises en garde et appréciations exprimés dans les divers avis.

L'avant-projet de loi traite trois grands axes de réformes:

- Le volet prévention de faillite
- Le volet de la procédure de dissolution administrative de sociétés sans liquidation
- Le volet sur les modifications consécutives du Code de commerce, du Code pénal, les modifications ponctuelles et abrogations d'autres lois.

## I) LA PREVENTION DE FAILLITE

Les auteurs du projet repensent le régime de l'entreprise en difficulté et créent des instruments pour prévenir la faillite de l'entreprise. Il est prévu d'un côté d'instaurer un mécanisme à dépister les entreprises en difficulté et d'un autre côté à assurer la continuité de l'entreprise en offrant à l'entrepreneur plusieurs options possibles. A cet effet le projet de loi élargit la palette des instruments pour permettre au dirigeant de redresser la situation de son entreprise par la restructuration de l'entreprise et/ou l'élaboration d'accords amiables avec les créanciers. Il rend encore les procédures moins lourdes, en assouplissant les conditions à se voir octroyer un régime, plus rapides et moins coûteuses.

Le projet présente encore l'avantage de regrouper dans un texte unique toutes les mesures de prévention faisant à l'heure actuelle l'objet de l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 instituant le régime de la gestion contrôlée, la loi du 14 avril 1886 concernant le concordat préventif de faillite, de la loi du 30 juin 1930 portant création d'un comité de créanciers dans les faillites et concordats et des articles 593 à 614 du Code de commerce sur les sursis de paiements.

Ainsi que le soulignent les auteurs, le projet est largement inspiré de la loi belge du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises et dont les principaux articles ont été repris textuellement.

### – La compétence

Contrairement au texte belge qui confère une compétence exclusive au Tribunal de commerce, le texte luxembourgeois entend scinder la compétence *ratione personae* suivant que le requérant est une entreprise commerciale ou civile/artisanale.

Les Tribunaux d'arrondissement se sont, à juste titre, posé la question sur l'opportunité de conférer compétence aux chambres civiles si les acteurs ne sont pas des commerçants au sens du Code de commerce ou de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

L'exposé des motifs et le commentaire des articles énoncent les considérations qui ont amené les auteurs du projet à inclure ces entreprises non commerciales et ce notamment pour les faire bénéficier des facilités et des mesures visant à restructurer ces entreprises, même si elles ne pourront pas être déclarées en état de faillite en cas d'échec.

Dès lors que la loi s'applique également aux acteurs économiques non commerçants, il conviendrait toutefois de l'avis du soussigné qui rejoint tant le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg que celui de Diekirch, de ne pas scinder les procédures, mais de conférer la compétence à l'instar du législateur belge, au seul tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. Les sociétés civiles et les artisans, même s'ils ne sont pas des commerçants au sens du Code de commerce, ne sont pas moins des acteurs économiques. La chambre commerciale du Tribunal d'arrondissement serait dès lors plus expérimentée pour connaître des demandes de redressement.

Il s'ajoute que la différenciation entre artisans exerçant une activité purement civile et artisans commerçants ou exerçant accessoirement des activités commerciales n'est pas toujours évidente et il appartient à la juridiction saisie de décider si tel acteur est à considérer comme commerçant ou non, ce qui créera des difficultés procédurales supplémentaires.

La procédure écrite et la procédure de la mise en état prévue en matière civile, ne sont d'autre part pas appropriées pour traiter les requêtes en matière de mesure de restructuration d'entreprises.

L'on voit d'ailleurs mal la raison et la justification pour imposer à l'un des acteurs économiques, le recours obligatoire à un avocat (matière civile) et d'en dispenser l'autre.

En cas d'attribution de compétence exclusive à une chambre commerciale du tribunal d'arrondissement, il conviendrait dès lors de retirer la référence faite au Nouveau code de procédure civile à l'article 4 alinéa 2 du projet, probablement introduit pour viser les délais d'opposition et d'appel ainsi que les points de départ devant la chambre civile.

### – La collecte de données

Le but de la collecte de données est de détecter les entreprises en difficultés financières temporaires avant qu'il ne soit trop tard pour qu'un redressement puisse encore aboutir et avant qu'un créancier ne procède à la signification d'une assignation en faillite.

– Le texte sous avis implique dans la procédure de collecte de données et dans la procédure de prévention, le „Comité de conjoncture“, la „Cellule d'évaluation d'entreprises en difficultés“ et le

„*Secrétariat*“, mais n’est pas très explicite et reste équivoque quant aux flux des données entre ces différentes entités, ni ne précise quelle personne peut faire usage des données et à quelle fin.

Il n’appert pas très clairement s’il y existe un flux d’informations entre le „*Comité de conjoncture*“ et la „*Cellule d’évaluation des entreprises en difficultés*“, à moins qu’il ne soit sous-entendu que chaque organe communique ses données au „*Secrétariat du Comité de conjoncture*“. Selon le diagramme à la page 11 du projet, il y aurait toutefois une nette séparation entre les deux organes. Le Secrétariat leur communique les informations recueillies sans que le Comité ou la Cellule ne transmettent leurs informations au Secrétariat.

Est-ce que les informations échangées entre le Centre commun de la sécurité sociale, l’Administration des contributions directes et l’Administration de l’enregistrement et des domaines sur base de l’article 8 de la loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter-administrative, pourront être prises en compte dans le cadre de la présente loi non seulement en vue d’apprécier l’opportunité des assignations en faillite sur base de l’article 8 du projet de loi, mais aussi par le Secrétariat du Comité de conjoncture prévu par l’article 5 du projet dans l’exercice de sa mission?

Il semble difficilement concevable que le Secrétaire qui participe d’office au Comité de conjoncture en cette qualité, puisse être nommé à la Cellule d’évaluation des entreprises en tant que représentant du Ministère de l’Economie, mais ne saurait faire état des informations y obtenues dans le cadre de la collecte d’informations au sein du Comité de conjoncture, respectivement vice-versa.

Dans le texte belge qui a servi de modèle, le problème ne se pose pas puisque toute la procédure de la collecte des données et l’organisation des mesures de sauvetage proposées, se déroulent au sein du Tribunal de commerce: le greffe du tribunal et la chambre commerciale du tribunal.

– Le secrétariat du comité de conjoncture joue le rôle de centralisateur d’information. Il appert de l’exposé des motifs et du commentaire des articles que la liste des protêts devait également être communiquée de même que les renseignements obtenus de la „*Centrale des bilans*“. Ces deux sources ne sont toutefois pas visées par l’article 6.

Il semble dès lors opportun de les rajouter aux données visées par l’article 6 du projet.

– L’application des mesures de la prévention de faillite requiert une attitude volontariste et de participation active de la part de l’entrepreneur/débiteur. C’est le débiteur qui sollicite de l’aide auprès du secrétariat du Comité de conjoncture, c’est le débiteur qui demande la nomination d’un conciliateur, qui prend l’initiative de conclure des accords amiables extrajudiciaires et c’est encore le débiteur qui présente la demande de réorganisation sous contrôle judiciaire.

Il est vrai qu’il ne s’agit pas de „*de détecter les entreprises qui doivent être déclarées en faillite, mais bien de sauver des entreprises qui éprouvent des difficultés*“<sup>1</sup>. Mais est-ce qu’il ne faudrait néanmoins pas prévoir clairement une solution dans l’hypothèse où le débiteur ne collabore pas et ne répond pas à l’invitation du Secrétaire du Comité de conjoncture (article 7 (1) al. 2), respectivement ne réagit pas face à la conclusion du rapport dressé par le Secrétariat (article 7 (3)) et ce, soit par méfiance, soit dans le but évident de gagner du temps, d’organiser la faillite et d’accroître le passif.

L’on ne peut évidemment restructurer une entreprise contre le gré du dirigeant, à moins de nommer un administrateur ad hoc et dessaisir temporairement le dirigeant de ses fonctions ou de prévoir une mesure similaire à celle prévue par l’article 10 du projet, mais ne serait-il pas opportun de permettre dans l’hypothèse où les données collectées et centralisées au Secrétariat, établissent que les conditions de la faillite sont données, de continuer le rapport à la Cellule d’évaluation des entreprises en difficulté avec le constat d’échec de la collaboration en vue d’une assignation en faillite afin d’éviter l’accumulation des dettes auprès des créanciers publics et des commerçants tiers ou de personnes privées?

### – Les mesures de prévention

Le texte prévoit cinq instruments:

- la réorganisation extrajudiciaire par un conciliateur (articles 9-10),
- l’accord amiable extrajudiciaire conclu entre le débiteur et deux, plusieurs ou tous les créanciers (article 11),

<sup>1</sup> Doc. parl. belge Sénat, sess. 1996-1997, n° 1-498/11, p. 47

- le sursis en vue de la conclusion d'un accord amiable (article 38), l'ancien sursis de paiement,
- la réorganisation judiciaire par accord collectif (articles 39 à 53) qui ressemble à l'ancien concordat préventif de faillite et
- la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice (articles 54 à 65).

L'accord amiable extrajudiciaire prévu par l'article 11, laisse une très grande liberté au débiteur tant dans le choix des créanciers avec lesquels il conclut un accord, que sur le contenu de celui-ci.

Le projet de loi part de l'hypothèse de la continuation de l'entreprise et de la volonté de l'entrepreneur de restructurer son entreprise.

En réalité le débiteur dont la situation est compromise peut toutefois par le biais de cet article favoriser quelques créanciers. Un débiteur de mauvaise foi pourrait profiter de cette disposition pour trouver un accord amiable avec les principaux fournisseurs avec lesquels il entend reprendre les relations respectivement avec les banques auprès desquelles il s'est porté caution en faveur de la société, après le prononcé de la faillite, dans le cadre d'une nouvelle société. Cet accord s'imposera aux autres créanciers et rompt l'égalité des créanciers „dans le malheur“.

Ne conviendrait-il pas dès lors de donner un droit de regard et un pouvoir d'accepter ou de refuser l'accord au „Secrétariat du Comité de conjoncture“?

Dans cet ordre d'idées, il y a encore lieu de tenir compte de l'article 573-5° du Code commerce sur la banqueroute simple et qui incrimine précisément le fait pour un commerçant qui a, après la cessation de ses paiements, passé un accord avec l'un de ses créanciers pour le favoriser au préjudice de la masse.

L'infraction de favoritisme ne serait plus consommée si l'accord a été conclu en application de l'article 11 de la loi sur la préservation des entreprises puisque le comportement est conforme à la loi.

Une autre possibilité serait de modifier les textes pénaux en s'inspirant des textes belges qui ont modifié l'article 489 en ce sens que le délit de banqueroute est consommé lorsque le failli a contracté „sans contrepartie suffisante, des engagements trop considérables eu égard à la situation financière de l'entreprise“ (article 489 code pénal belge) et ceux qui „dans l'intention de retarder la faillite, payé ou favorisé un créancier au préjudice de la masse“ (article 489bis du code pénal belge).

La poursuite pénale serait toutefois plus difficile.

L'actuel article 575-3 luxembourgeois devait ensuite incriminer le comportement du **créancier** qui a accepté de passer dans ces conditions un accord amiable avec le dirigeant de l'entreprise.

### – L'intervention du ministère public

Il est prévu d'adjoindre le ministère public à la procédure dès le début de la réorganisation judiciaire par la communication de la requête au parquet près du Tribunal d'arrondissement (dispositions générales, articles 13(3), 23, 24 et 36(1), puis dans la procédure de la réorganisation judiciaire par accord collectif proprement dite en prévoyant que l'assignation et l'acte d'appel soient signifiés au procureur d'Etat et au procureur général d'Etat (article 51) et en conférant le droit au ministère public de demander la révocation partielle ou totale de plan de réorganisation (53).

Le procureur d'Etat se voit ensuite accorder un droit d'initiative dans la procédure de réorganisation par la citation de l'entrepreneur à l'audience en vue de voir ordonner le transfert de tout ou partie de son entreprise (article 54 (2)).

Le parquet général rejoint entièrement les réticences et réserves de Messieurs les procureurs d'Etat de Diekirch et de Luxembourg en ce qui concerne une intervention du parquet dans le cadre des procédures de réorganisation judiciaire et de transfert d'entreprise.

Ainsi que le relèvent les deux procureurs, les parquets ne sont ni outillés à récolter des données utiles, ni ne disposent de données ou d'informations dont ne disposerait pas déjà la juridiction saisie et que le débiteur a communiquées au tribunal en application de l'article 13 et notamment le rapport sur la solvabilité établi par le secrétariat du Comité de conjoncture en application de l'article 7 paragraphe 3.

En ce qui concerne plus particulièrement son intervention prévue aux articles 13, 23, 24 et 36, le magistrat du parquet en charge du dossier n'aura aucune possibilité et aucun élément, à part le dossier déjà soumis au tribunal, pour se convaincre s'il y a faute grave et caractérisée ou mauvaise foi manifeste du débiteur afin de saisir le tribunal d'une demande de nomination d'un administrateur provisoire

chargé d'administrer à la place du débiteur l'entreprise, respectivement pour saisir le tribunal d'une requête afin de mettre anticipativement fin à la procédure de réorganisation.

En pratique le magistrat du parquet qui assistera à l'audience, sans disposer d'éléments dont la juridiction ne disposerait déjà, risque de se rapporter „à la prudence du Tribunal“.

Il est de même inutile que le ministère public assiste à toutes les opérations de la procédure.

Il semble que la présence du ministère public aux différents niveaux de la procédure de réorganisation judiciaire et de transfert d'entreprise ait été simplement reprise du modèle belge. L'exposé des motifs et le commentaire des articles ne contiennent aucun motif et aucune explication quant à l'utilité et l'intérêt d'adjoindre le ministère public à ces procédures purement commerciales.

Par ailleurs les textes actuels à savoir l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 instituant le régime de la gestion contrôlée, la loi du 14 avril 1886 concernant le concordat préventif de faillite, la loi du 30 juin 1930 portant création d'un comité de créanciers dans les faillites et concordats et les articles 593 à 614 du Code de commerce sur les sursis de paiements, ne confèrent aucun pouvoir d'enquête ou de récolte des données au ministère public, ni ne lui attribuent un quelconque pouvoir d'initiative.

Dans le cadre de la procédure des sursis de paiement actuel, le parquet général intervient afin de coordonner la procédure introduite simultanément devant le Tribunal d'arrondissement et la Cour supérieure de justice et afin de prendre des conclusions sur le bien-fondé de la demande, postérieurement à la publication et à la vérification de l'état des affaires du débiteur.

Sa contribution au dossier est de la plus réduite et se limite à informer la juridiction saisie si des plaintes ont été déposées en relation avec la situation financière du commerçant, respectivement si une enquête de solvabilité est en cours.

En ce qui concerne la procédure actuelle du concordat préventif de faillite, le rôle du ministère public se réduit à prendre des conclusions sur dossier sur les contestations des créanciers et l'homologation du concordat.

L'arrêté grand-ducal instituant la gestion contrôlée ne prévoit quant à lui aucune intervention du ministère public.

La présence du ministère public risque au contraire d'avoir un effet psychologique contre-productif dans le cadre luxembourgeois tel que projeté. La procédure en vue de la réorganisation et la continuité de l'entreprise est dans un premier temps complètement déjudiciarisée et se déroule au sein du Comité de conjoncture, partant dans un cadre „administratif“ créé en vue du maintien de l'emploi et afin de tenir compte de l'évolution de la situation économique.

L'entrepreneur en difficulté qui aura probablement déjà des réticences à dévoiler sa situation financière et économique auprès du Secrétariat du Comité de conjoncture, aura encore plus de méfiance dès lors qu'il sait que le ministère public recherchant les infractions, exerçant l'action publique et disposant d'un nouveau pouvoir d'initiative pour requérir une déclaration en faillite, sera adjoint à un stade ultérieur de la procédure, dès sa judiciarisation et pourra prendre connaissance de tous les éléments révélés.

S'ajoute la menace d'une faillite d'office à l'initiative du ministère public. La faculté de saisir la chambre du conseil en vue du prononcé d'office d'une faillite qui est actuellement reconnue de manière indirecte par l'article 442 du Code de commerce, et sera renforcée par le texte de l'article 442 nouveau du projet en ce sens qu'il accorde au parquet le droit d'initiative de saisir la chambre commerciale en vue d'une faillite.

La présence du ministère public n'apporte par ailleurs aucune plus-value. Le parquet ne dispose pas d'informations économiques pertinentes et ignorées par la juridiction saisie.

Les magistrats du parquet ne disposent pas non plus d'une formation ou de connaissances spécifiques dans le domaine de la restructuration d'entreprises de manière à pouvoir éclairer les magistrats du siège et ne peuvent apporter aucune contribution.

Le soussigné se ralliant entièrement aux avis des deux parquets se doit d'insister à faire abstraction de toute intervention du ministère public dans le cadre du Titre 1 du projet de loi.

#### – Les articles 23, 24, 36, 53, 54, 67 et 68

Pour être complet il convient encore de préciser que l'article 23 (2) prête à confusion. Selon cette disposition les jugements rendus en application du paragraphe 1er ne sont pas susceptibles d'opposition.



Le recours institué semble toutefois être une „opposition“ tant par le délai de 8 jours que par le fait qu’il est porté devant la même juridiction.

Il faudrait plutôt prévoir à l’instar du modèle belge (article 28 § 2 et § 3 de la loi du 31 janvier 2009), que la décision sera susceptible d’appel qui sera porté devant la Cour d’appel.

Le **troisième alinéa du (2)** énonce que l’action est introduite et jugée comme en matière de référé conformément aux articles 934 à 940 du Nouveau code de procédure civile.

La référence à ces articles avec la précision que l’action est „introduite et jugée“ laisse ouverte la question quant au caractère provisoire de la décision à intervenir.

La signification cumulative au parquet et au parquet général n’est pas utile et entraîne des frais supplémentaires. La seule signification au parquet serait suffisante (à condition que l’on maintienne une intervention du ministère public).

Il conviendrait encore de préciser que le droit d’exercer le recours appartient au parquet près du Tribunal d’arrondissement saisi de la demande initiale et non pas au ministère public qui englobe les parquets et le parquet général.

Les mêmes observations s’imposent en ce qui concerne le libellé de **l’article 24**.

Il s’ajoute que suivant **l’article 24, alinéa 4**, cette voie de recours est celle de l’appel. L’avant-dernier alinéa du (2) prévoit que l’assignation et l’acte d’appel sont signifiés respectivement au procureur d’Etat et au procureur général d’Etat.

L’appel qui est une voie de réformation ou d’annulation de droit commun ne pourra jamais être porté devant la même juridiction qui n’est plus impartiale: le deuxième examen d’une demande/du procès est faite par une autre juridiction que celle qui a statué la première fois, et cette juridiction doit être une juridiction supérieure à celle-ci; la même juridiction ne pouvant se contrôler soi-même.

**L’article 36 (1) alinéa 2** prévoit que le tribunal statue sur requête du débiteur ou sur citation du ministère public ou de tout intéressé. L’on voit mal la raison pourquoi le débiteur procédera par requête communiquée par la voie de greffe aux autres parties tandis que le ministère public devrait procéder par citation (donc puisque l’on se trouve en matière civile et commerciale, signifiée par huissier de justice), ce qui entraînera des frais inutiles. Mieux vaudrait procéder par voie de requête communiquée par le greffe du tribunal aux personnes concernées.

**L’article 51** du projet appelle les mêmes observations que celles émises pour les articles 23 et 24.

En ce qui concerne le choix de prévoir que le procureur d’Etat procède par voie de citation, il est renvoyé aux observations faites en relation avec l’article 36 (1) alinéa 2.

**L’article 53, alinéa 2** prévoit que le parquet peut prendre l’initiative de saisir le tribunal d’une demande de révocation du plan de réorganisation. Or, le parquet ne dispose pas d’éléments lui permettant d’introduire pareille demande.

Les **articles 67 et 68** du projet comminent des peines d’amendes se trouvant à cheval entre les amendes de police (25 euros à 250 euros) et les amendes correctionnelles (à partir de 251 euros).

Le projet reprend dès lors l’approche retenue par les articles 72 et 73 de la loi belge du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises et comminant des peines d’emprisonnement correctionnelles mais des peines d’amende à cheval (5 euros à 125.000 euros).

Aux termes de l’article 16 du Code pénal luxembourgeois, les peines d’amendes correctionnelles, s’élèvent toutefois à 251 euros au moins.

D’après les peines d’emprisonnement comminées et vu la gravité des comportements incriminés, il conviendrait de fixer le taux de l’amende conformément à l’article 16 du Code pénal luxembourgeois au minimum de 251 euros à 125.000 euros.

\*

## II) LA PROCEDURE DE DISSOLUTION ADMINISTRATIVE SANS LIQUIDATION

En l’état actuel de la législation, la liquidation d’une société soit dans le cadre d’une faillite, soit dans le cadre de la dissolution judiciaire doit toujours se faire par un liquidateur respectivement un curateur, qui procèdent à la publication de la décision, à la recherche d’actifs, dressent l’inventaire des déclarations de créances, acceptent ou refusent les créances au passif pour procéder ensuite après une

période d'attente plus ou moins longue, à la clôture de la faillite/de la liquidation pour insuffisance d'actif. Cette procédure sera suivie même si la société déclarée en faillite/en liquidation judiciaire ne dispose de manière évidente et dès le départ, plus d'activité, pas d'actif et pas de salariés.

Les honoraires du curateur/liquidateur, les frais de publication dans les journaux et les frais exposés dans le cadre des opérations de liquidations et qui s'élèvent le cas échéant, à plusieurs milliers d'euros par société, resteront à charge de l'Etat.

Il y a dès lors lieu d'approuver absolument la volonté du législateur d'instaurer une procédure accélérée et peu coûteuse, afin de dissoudre les sociétés „moribondes“ et les „coquilles vides“ abandonnées.

L'article 69-1° du projet confère au procureur d'Etat la faculté de procéder pour toute société commerciale visée par l'article 437 du Code de commerce partant toute société qui remplit les conditions de la faillite (donc qui a cessé ses paiements et dont le crédit est ébranlé), à une dissolution par une procédure accélérée et simplifiée dès lors qu'elle n'a pas de salariés déclarés auprès du Centre commun de la sécurité sociale et dont l'actif ne dépasse pas un seuil à fixer par règlement grand-ducal.

La même procédure est applicable à toute société commerciale qui rentre dans le champ d'application de l'article 203 § 1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, c'est-à-dire qui poursuit une activité contraire à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du Code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris le droit d'établissement.

Aux termes de l'article 159 de la même loi, le défaut de domicile connu constitue dans le chef d'une société une contravention grave à la loi, susceptible de lui faire encourir la dissolution ou la fermeture judiciaire conformément aux dispositions de l'article 203-1.

Afin de pouvoir identifier les sociétés susceptibles d'une dissolution sans liquidation, le parquet doit disposer de données pertinentes. L'article 71 du projet en donne une énumération, à juste titre exemplative, introduite par l'expression „notamment“.

En ce qui concerne l'obtention de ces informations et documents prévue à l'article 71 du projet, il est préférable de prévoir que le parquet peut „*solliciter*“ la communication qui ne peut pas lui être refusée mais aussi que cette communication peut se faire de manière „*spontanée*“ par l'administration et l'autorité concernée. Ainsi que le souligne le parquet de Diekirch, l'une des sources d'information non visées qu'il conviendrait de rajouter sont les procès-verbaux. Pour être tout à fait complet l'on pourrait encore rajouter les rapports de police et notamment les enquêtes de solvabilité, ce qui permettrait non seulement de prendre en compte les rapports et les auditions sur la solvabilité de la société en cause, mais cette mention dans un texte, donnerait en même temps une base légale formelle à l'enquête de solvabilité.

La source probablement la plus importante pour le parquet afin d'établir que la société n'a pas déclaré de salarié, sera le certificat de non-affiliation établi par le Centre Commun de la Sécurité Sociale. Il est vrai que la liste n'est pas limitative, mais cette pièce importante émanant d'un organisme de droit public n'y est pas mentionnée. Le certificat de non-affiliation pourrait être inséré suite au point 3.

Ainsi qu'il est souligné par les deux parquets, il convient de modifier conséquemment l'article 16 de la loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter-administrative et judiciaire étant donné que cette coopération avec les autorités judiciaires n'est, en ce qui concerne l'Administration des contributions et l'Administration de l'enregistrement des domaines, prévue que dans le cadre d'une action pénale.

Il convient dès lors d'étendre les dispositions des paragraphes (1) et (2) de l'article 16 de la loi par la mention „ainsi que tout renseignement utile à l'ouverture d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation“.

La difficulté essentielle sera d'établir que l'actif de la société ne dépasse pas le seuil fixé par règlement grand-ducal, condition d'ouverture de la procédure.

Il sera peu probable que les établissements de crédit interviennent spontanément pour dénoncer les comptes bancaires sans actifs ou sans mouvements pendant une période déterminée. L'on peut encore se poser la question si ces établissements accepteraient de répondre à une injonction du parquet qui solliciterait les informations pour chaque société visée auprès des principales banques.

Afin de remédier à cette difficulté, le parquet de Luxembourg propose à juste titre de considérer comme abandonnée, partant sans actif, et remplissant donc la condition de l'absence/d'insuffisance



d'actif prévue par l'article 69, les sociétés qui n'ont depuis plus de deux ans plus de siège social et dont un ou plusieurs dirigeants démissionnaires n'ont pas été remplacés dans le même laps de temps, et celles qui alternativement avec l'une ou l'autre des deux premières circonstances n'ont pas procédé au dépôt du Registre de commerce et des sociétés de leurs comptes annuels relatifs à trois exercices sociaux.

Il semble par ailleurs indispensable que le parquet dispose comme il est d'usage à l'heure actuelle, d'un extrait du Registre de commerce qui renseignera la composition du conseil d'administration respectivement de la gérance de la société, le cas échéant les coordonnés du commissaire aux comptes, l'adresse du siège social sinon la dernière adresse connue et la date du dépôt des derniers comptes sociaux.

**L'article 71** pourrait dès lors être libellé comme suit:

„Les sociétés commerciales susceptibles de faire l'objet d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation sont identifiées par le procureur d'Etat sur base des renseignements et documents lui transmis spontanément ou à sa demande, notamment:

(...)

3. un certificat de non-affiliation de salarié émis par le Centre commun de la sécurité sociale,

(...)

7. les procès-verbaux, rapports et enquêtes de solvabilité dressés par la police grand-ducale,

8. un extrait du Registre de commerce et des sociétés.“

**L'alinéa 2** devait être complété comme suit:

„L'absence d'actif est présumé si un procès-verbal de carence a été dressé par un huissier de justice dans le cadre d'une procédure d'exécution à l'encontre d'une société commerciale ou si la société ne dispose depuis plus de deux ans, plus de siège social et dont un ou plusieurs dirigeants démissionnaires n'ont pas été remplacés dans le même laps de temps, et celles qui alternativement avec l'une ou l'autre des deux premières circonstances, n'a pas procédé au dépôt du Registre de commerce et des sociétés de ses comptes annuels relatifs à trois exercices sociaux.“

En présence de ces éléments objectifs, il serait dès lors **présumé** que la société remplit les conditions pour être dissolue administrativement sans liquidation respectivement déclarée en faillite sans liquidation (phase non contradictoire). Il s'agirait d'une présomption simple qui pourra être renversée à l'audience lors des débats contradictoires devant la chambre commerciale du Tribunal d'arrondissement dans le cadre de l'évacuation des recours.

Dans **l'alinéa suivant** il conviendrait de remplacer *le procureur d'Etat enjoint par voie d'ordonnance le gestionnaire* par l'expression „*le procureur d'Etat requiert le gestionnaire*“.

L'avant-dernier alinéa de **l'article 71** prévoit par la référence à l'article 444 du Code de commerce que la société est dessaisie de plein droit de l'administration de tous ses biens et que tous paiements, opérations ou actes faits ou reçus sont nuls de droit.

Etant donné que c'est l'article suivant qui prévoit seulement l'ouverture de la procédure, il serait plus logique d'insérer cet alinéa ayant trait aux conséquences de l'ouverture, dans **l'article 72** qui traite de l'ouverture de la procédure.

Il convient encore de faire débiter les effets de l'ouverture de la procédure non pas à partir du jour où le procureur ou le gestionnaire prend la décision – date invérifiable – mais du jour de la publication de l'ouverture de la procédure, qui sera dès lors opposable aux tiers.

En ce qui concerne le **dernier alinéa de l'article 71** il y a lieu de biffer la référence aux „*commerçants*“ alors que la procédure accélérée du prononcé de faillite ou de la dissolution ne s'applique aux termes de l'article 69, qu'aux sociétés commerciales.

Ce même alinéa introduit encore une procédure nouvelle en conférant au parquet le droit d'initiative pour lancer une procédure de faillite. En l'état actuel le parquet ne cite ou n'assigne pas les commerçants et sociétés commerciales à une audience publique en vue de leur déclaration en faillite. Si le ministère public dispose de données et de renseignements que les conditions pour le prononcé d'une faillite sont ou semblent être données, il continue le dossier à la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement en vue d'une déclaration d'office en faillite après audition des dirigeants en chambre du conseil.

Si par contre il est souhaité que le parquet prenne l'initiative et figure comme demandeur et que le débat ait lieu en audience publique, l'on peut se demander pour quelle raison il devrait procéder par

voie de citation signifiée par voie d'huissier en matière de faillite et par simple requête notifiée par lettre recommandée par le greffe en matière de liquidation.

Il est dès lors proposé de prévoir que la saisine du tribunal se fasse par voie de requête, communiquée par les soins du greffe par lettre recommandée avec accusé de réception aux parties.

En cas d'absence de siège social ou si la société n'a pas pu être touchée par voie de notification, la notification sera considérée comme ayant été faite à partir de la publication dans deux journaux ou au Mémorial.

### **– La procédure: articles 72 à 77**

Suivant le projet de loi, l'acteur principal sera le gestionnaire du registre de commerce qui procède aux devoirs actuellement effectués par le liquidateur/curateur.

Cette procédure reste néanmoins trop complexe et alambiquée pour répondre au but visé, à savoir dissoudre moyennant une procédure simple, rapide et peu coûteuse les coquilles vides abandonnées par les actionnaires ou bénéficiaires économiques tout en garantissant les droits des créanciers et tiers intéressés qui, le cas échéant se manifesteraient.

Or, dans un souci de protection de la société, d'assistance et de désir de conservation des droits des créanciers qui de toute façon dans la grande majorité des cas, ne seront en raison de l'absence d'actif pas remboursés, le projet n'allège que timidement la procédure et ne fait que déplacer la mission actuelle du liquidateur/curateur et du juge-commissaire, vers la personne du gestionnaire du Registre de commerce et des sociétés.

En s'inspirant des propositions des parquets et du tribunal d'arrondissement, il est conseillé d'instaurer une procédure encore plus simplifiée qui ne deviendra contradictoire qu'à condition qu'un recours soit déposé, soit par la société concernée, soit par un créancier ou même par tout tiers intéressé présentant un intérêt légitime et actuel.

Dès lors que l'on part de l'hypothèse que la société ne dispose pas d'actif, respectivement un actif à tel point peu élevé qu'il ne suffirait pas à payer les honoraires du liquidateur/curateur, le soussigné estime qu'il n'y a pas lieu de faire un appel aux créanciers de déposer leur créance et de procéder à une vérification des créances opérées par le gestionnaire du RCS ou par une autre autorité. L'avis du Tribunal d'arrondissement et du parquet de Luxembourg semblent aller dans le même sens.

En effet pour quelle raison inviterait-on à ce stade de la procédure les créanciers à déclarer leur créance et de procéder ensuite à la vérification des créances, dès que lors que, par hypothèse, la société ne dispose pas d'actif distribuable.

Si l'existence d'un actif sera affirmée par la société ou sera dénoncée par un créancier ou un tiers intéressé (actionnaire, bénéficiaire économique ...), les conditions d'ouverture, la qualité de créancier et le bien-fondé de sa créance pourront être analysés et débattus dans le cadre d'un recours.

A l'instar du parquet de Luxembourg et du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg il est dès lors proposé d'introduire une procédure plus simple non contradictoire dans un premier temps.

Ainsi en résumé, le parquet saisira le gestionnaire du Registre de commerce et des sociétés d'un réquisitoire en dissolution en joignant les pièces justificatives à l'appui de son réquisitoire, dont le certificat de non-affiliation du Centre commun de la sécurité sociale et le certificat établi par le préposé du Registre de commerce selon lequel la société n'a depuis plus de deux ans plus de siège social et dont un ou plusieurs dirigeants démissionnaires n'ont pas été remplacés dans le même laps de temps, respectivement qui alternativement avec l'une ou l'autre des deux premières circonstances, n'a pas procédé au dépôt du Registre de commerce et des sociétés de ses comptes annuels relatifs à trois exercices sociaux.

Il y aura dès lors conformément à l'article 71 une présomption simple que les conditions pour la dissolution accélérée sans liquidation (dissolution au sens de l'article 203 de la LSC ou dans le cadre de la faillite) sont remplies.

Sur base du réquisitoire et des pièces lui soumises, le gestionnaire qui ne disposera pas d'un pouvoir d'appréciation, ouvre la procédure de la dissolution et procédera à la publication de la dissolution.

Le gestionnaire informera la société par lettre recommandée avec accusé de réception conformément aux dispositions de l'article 72 du projet.

Une publication sur le site internet du Registre de commerce peut être utile pour les professionnels. Une publication au Mémorial, Recueil des sociétés et associations (Mémorial C, également consultable sur le site Internet), s'avère toutefois indispensable, voire est obligatoire en application de l'article 5 du règlement grand-ducal du 9 janvier 1961 relatif aux trois recueils du Mémorial<sup>2</sup>, et contiendra les informations renseignées à l'article 73 du projet de loi.

Le délai pour introduire les recours commencera à courir à partir de la date de la publication au Mémorial.

Une publication dans deux journaux luxembourgeois ou selon le cas et suivant décision du magistrat du parquet en charge du dossier dans un ou plusieurs journaux étrangers, entraînera l'information des tiers. Afin de limiter le coût relatif aux publications, le préposé pourrait procéder par exemple par publication d'une annonce mensuelle regroupant plusieurs sociétés à dissoudre.

Les **articles 74 à 77** pourraient dès lors être biffés alors qu'il est prévu d'accorder tant aux créanciers, qu'à la société et aux tiers intéressés un recours à déposer auprès du parquet pendant un délai unique et dans le cadre duquel le tribunal examinera la recevabilité de la demande initiale de dissolution, la qualité pour agir de la personne qui a introduit un recours, la qualité de créancier de la personne se prétendant créancier de la société et le bien-fondé de sa créance (voir articles 78 à 85).

#### – Les recours proprement dits (articles 78 à 85)

Tant la société, que les dirigeants, les créanciers et tout tiers intéressé présentant un intérêt personnel et légitime, peuvent introduire un recours contre la demande de dissolution dans un délai de trois mois à partir de la publication de la demande de dissolution au Mémorial.

Le recours sera fait par voie écrite, sera motivé et déposé au parquet. Le requérant indiquera dans son recours, une adresse pour recevoir la convocation à l'audience et justifiera dans sa requête sa qualité pour agir. Le créancier joindra une copie des pièces justifiant sa qualité et le bien-fondé de sa créance.

Toute convocation faite à l'adresse indiquée dans le recours est réputée faite valablement et liera l'instance à l'égard du requérant.

Exiger en effet que le créancier introduise son action par voie de citation/assignation, l'oblige à exposer des frais considérables dans l'hypothèse où un nombre élevé de créanciers se sont déclarés, respectivement vivent à l'étranger.

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<sup>3</sup>.

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. 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 deu-

2 Mém. 1961, mod. par règl. gd. 23 décembre 1994, Mém. 1994, 2735

Texte coordonné du 23 décembre 1994

3 L'on pourrait s'inspirer de la procédure du contrôle de régularité et de l'évacuation des recours en nullités et demandes en restitution prévue par l'article 9 de la loi modifiée du 8 août 2000 sur l'entraide judiciaire en matière pénale.

xième 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 Registre de commerce.

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 1er 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 1er** du projet deviendrait superflu. **L'alinéa 2** est repris par l'article 85 du projet.

\*

### III) LES MODIFICATIONS DU CODE DE COMMERCE ET DU CODE PENAL

Les modifications apportées par **l'article 86** du projet de loi au livre III du Code de commerce tiennent essentiellement compte des modifications devenues nécessaires suite à l'introduction du Titre 1er et adaptent les textes à la pratique.

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. En effet les affaires de banqueroute frauduleuses ont été systématiquement décriminalisées et renvoyées devant le tribunal correctionnel.

Il ne faut pas perdre de vue que la décriminalisation de l'infraction de banqueroute frauduleuse n'empêchera pas le parquet de saisir néanmoins le juge d'instruction dans les cas particulièrement graves ou complexes, de même que d'user la procédure dite de la „*mini-instruction*“ prévue à l'article 24-1 du Code d'instruction criminelle, qui permet de saisir le juge d'instruction sans requérir l'ouverture d'une information, pour accomplir certains actes de coercition, par exemple en vue d'ordonner une perquisition, une saisie afin de récupérer les objets détournés, émettre une commission rogatoire internationale.

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 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.

**L'article 442** du Code de commerce prévoit que dorénavant le parquet peut saisir la chambre commerciale du Tribunal d'arrondissement en vue du prononcé d'une faillite. Le ministère public, jusqu'à présent simple „partie jointe“, entendue en ses conclusions puisque la matière de la faillite touche à l'ordre public, devient véritablement „partie demanderesse“ à l'instance.

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.

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.

Suivant **l'article 494** du Code de commerce, les curateurs remettent deux types de documents, l'un dans les six semaines au juge-commissaire sous forme d'un mémoire ou de compte-rendu sommaire de l'état apparent de la faillite, l'autre en retournant le questionnaire relatif à la faillite lui remis par le parquet, à ce dernier et visant à identifier les causes de la faillite, les anomalies et infractions constatées.



Suivant l'alinéa 2 de l'article, le juge-commissaire transmet immédiatement le rapport lui remis au parquet.

L'ajoute que les curateurs doivent répondre dans un délai déterminé à tout questionnaire relatif à la faillite remis par le procureur d'Etat est à saluer étant donné qu'il fournit la base légale du formulaire et crée une obligation légale de remise.

Les réponses à ce questionnaire doivent en effet permettre au substitut du parquet d'identifier les dirigeants de fait, d'être informé des anomalies constatées et nécessitant le cas échéant une enquête et par-dessus tout, d'être avisé de toute infraction pénale découverte.

Il est encore conseillé de biffer le deuxième alinéa étant donné que dans la pratique la communication du compte-rendu par le juge-commissaire au parquet, reste lettre morte. D'ailleurs le mémoire ou compte-rendu sommaire, ne renseigne en général pas d'informations intéressantes pour le ministère public ou des informations autres que celles contenues dans le rapport d'activité du curateur que ce dernier adresse directement au parquet.

Il est toutefois recommandé de porter le délai pour la remise du rapport à **6 mois**, ce qui permettra au curateur d'avoir une vue plus globale et plus complète de la faillite, de ses causes, du comportement du failli après le prononcé. Le curateur a ainsi pu apprécier sa collaboration et dispose des éléments sur l'actif inventorié, respectivement l'actif détourné. Rien n'empêche bien entendu un curateur de remettre son rapport avant l'écoulement du délai de 6 mois.

**L'article 573** du Code de commerce: ainsi qu'il a été relevé ci-avant, il est conseillé de maintenir la distinction entre les cas de banqueroute simple d'une gravité moindre et les cas de banqueroute frauduleuse, tout en prévoyant des peines correctionnelles pour tous les cas de banqueroute.

Ainsi qu'il a encore été noté ci-dessus, il conviendrait de veiller que le cas de banqueroute visé à **l'article 573-5°** du projet ne sanctionne pas les arrangements obtenus par le conciliateur conformément à l'article 9 du projet, ni les accords amiables que le commerçant avait conclus avec deux ou plusieurs créanciers en application de l'article 11 du projet.

Le soussigné saisit l'occasion de proposer d'abroger la faculté accordée au juge de ne pas prononcer de condamnation du banqueroutier, nonobstant la constatation que le fait de banqueroute simple est consommé.

Cette ancienne disposition légale particulière se présente comme suit: le texte d'incrimination de banqueroute simple prévu par l'actuel article 574 du Code de commerce et dont les peines sont édictées par l'actuel article 489 du Code pénal, donne au juge la faculté, de ne pas condamner le prévenu du chef de banqueroute simple nonobstant que le fait est établi.

Ces textes disposent:

**Art. 574 du Code de commerce:**

**Pourra** être déclaré banqueroutier simple, tout commerçant qui se trouvera dans l'un des cas suivants:

(...)

Et:

**Art. 489 du Code pénal:**

*Ceux qui, dans les cas prévus par le Code de commerce, seront déclarés coupables de banqueroute, seront condamnés:*

*Les banqueroutiers simples, à un emprisonnement d'un mois à deux ans.*

(...)

La particularité de cette infraction est qu'en matière de banqueroute simple la condamnation dans certains cas de banqueroute simple est **facultative**: dans les cas prévus par l'article 574 („**Pourra** être déclaré banqueroutier ...“), tandis que les articles 573 („Sera déclaré banqueroutier ...“) et 575 („Seront condamnés aux peines de banqueroute simple ...“) du code prévoient une condamnation obligatoire.

Les textes luxembourgeois sur les différents cas de banqueroutes simples et frauduleux sont une copie littérale de l'ancienne loi belge du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis; le droit luxembourgeois ayant repris la distinction entre les cas de banqueroutes simples facultatives et banqueroutes simples obligatoires.



L'article 574 du Code de commerce énonce les faits qui, d'après les circonstances, peuvent constituer le délit, mais ne le constituent pas nécessairement. Ces faits, tout en supposant une imprudence ou une négligence, peuvent cependant être justifiés par les circonstances dans lesquelles ils se sont produits. La loi abandonne l'appréciation de leur gravité à l'arbitrage du juge. La faculté d'appréciation que l'article 574 laisse aux juges, n'appartient qu'aux juridictions de jugement, à l'exclusion des juridictions d'instruction. Seule la juridiction de jugement a le droit de décider si les faits de banqueroute simple, à les supposer suffisamment établis, ne doivent pas être frappés d'une peine. Le tribunal correctionnel peut user de la faculté, que lui donne la loi, de ne prononcer aucune peine, sans avoir besoin de donner à cet égard aucun motif<sup>4</sup>. Le juge apprécie souverainement si le fait incriminé et établi doit être sanctionné, en tenant compte, par exemple, de la gravité de la faute commise, du préjudice causé ou de la position du failli<sup>5</sup>.

Dans la pratique le juge condamnera généralement le prévenu qui est retenu dans l'une des hypothèses visées par l'article 574 du Code de commerce du chef de banqueroute simple si le prévenu laisse s'accumuler les dettes, s'il a commis une pluralité de faits ou si les faits retenus, s'ajoutent à d'autres infractions<sup>6</sup>.

Or ce texte crée en réalité une sorte de „suspension du prononcé“, mesure inconnue à l'époque et introduite au Grand-Duché de Luxembourg par la loi du 26 juillet 1986 portant introduction au titre VII du livre II du Code d'instruction criminelle d'un chapitre IV intitulé „De la suspension, du sursis et de la probation“.

La suspension du prononcé de la condamnation est une décision judiciaire, prise de l'accord de l'intéressé qui consiste à déclarer la prévention établie, sans prononcer toutefois de condamnation, et qui met fin aux poursuites en cas de non-révocation. Elle ne constitue pas un droit mais une faculté qui est reconnue au juge.

La décision facultative de constater le fait de banqueroute mais de ne pas prononcer une peine, pourrait dès lors être abrogée, le juge disposant de cette faculté suivant le droit commun.

L'article 573 se lirait dès lors comme suit:

**Art. 573** *Est déclaré banqueroutier simple, tout commerçant failli ou dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale* qui se trouve dans l'un des cas suivant.

et ferait suivre l'énumération des cinq cas de banqueroute simple actuellement prévus à l'article 573, ensemble avec les cinq cas de banqueroute simple prévus actuellement à l'article 574 (abstraction faite du cas n° 2).

Il conviendrait encore de compléter le texte de l'article 574-4° actuel en rajoutant derrière le terme „inventaire“ les mots „ou bilan“.

L'article 574 nouveau du Code de commerce serait à compléter à l'instar de l'article 573 par l'ajout de „ou dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale“ et reprendrait la rédaction de l'article 575 actuel en ce qu'il vise les quatre infractions de banqueroute simple commises par des tiers dans le cadre d'une faillite.

L'article 575 nouveau reprendrait les trois cas de banqueroute frauduleuse prévus par l'actuel article 577.

L'article 576 doit absolument être complété en ce sens que ce cas de banqueroute vise toutes les sociétés commerciales y incluses les sociétés à responsabilité limitée et non pas exclusivement les sociétés anonymes.

En effet au moment de l'introduction de cette incrimination, le droit des sociétés luxembourgeois ne connaissait pas encore la forme de la „société à responsabilité limitée“. Au moment de son introduction dans la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, il a été oublié de compléter l'article 576 du Code de commerce en ce sens.

L'article 578 du Code de commerce serait à adapter à la nouvelle numérotation du Code pénal en ce sens que les modes de participations aux infractions sont actuellement prévus aux articles 66 et 67 du Code pénal.

4 R.P.D.B. v° Faillite et Banqueroute, n°s 2591-2593

5 Jean Spreutels, La Banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse, in: Schuind; Traité pratique de droit criminel, TI, n° 13, p. 438S

6 A titre d'exemple Mp c/ Wuyst du 22 novembre 2011, arrêt 545/11 V, Mp c/ Darné du 1er février 2012, arrêt n° 76/12X, Mp c/ Kurat du 10 juin 2009, arrêt n° 300/09 X

Etant donné qu'à l'heure actuelle l'article 100-1 du Code pénal prévoit que les dispositions générales du Code pénal donc également les dispositions relatives à la corréité et la complicité, s'appliquent également aux infractions spéciales prévues par une loi spéciale<sup>7</sup>, il ne sera plus nécessaire de prévoir expressément dans le projet de loi sous avis, que les dispositions générales du Code pénal s'appliquent également aux infractions spéciales prévues par la loi spéciale.

Il est dès lors suggéré de biffer cet article comme étant superflu.

Etant donné que le parquet général et les parquets de Diekirch et de Luxembourg sont unanimement d'avis qu'il conviendrait de maintenir la distinction entre les cas de banqueroute simple et les cas de banqueroute frauduleuse tout en prévoyant des peines correctionnelles plus sévères pour la banqueroute frauduleuse, les **articles 579, 581 et 591** du Code de commerce pourraient être maintenus dans leur version actuelle. La modification viserait seulement à faire remplacer le temps du futur simple par l'indicatif présent.

**L'article 583** traite de l'affichage et de la publicité des jugements de condamnation du chef de banqueroute.

Le parquet de Luxembourg propose d'abandonner toute mesure d'affichage et de publicité des jugements de condamnation du chef de banqueroute simple et banqueroute frauduleuse. Ces mesures ne correspondraient plus à aucune utilité et cette sanction ne serait appliquée pour aucune autre condamnation pénale.

Cette remarque est certainement juste en ce qui concerne l'affichage en salles d'audience.

Il est généralement admis que cette publication n'est pas une peine, mais une mesure de sûreté prescrite dans l'intérêt des tiers<sup>8</sup>.

La Cour de cassation belge a décidé le 23 mai 1898 qu'en matière de banqueroute, la publication du jugement de condamnation ne peut être regardée comme une pénalité accessoire, ni comme une aggravation de la peine principale. Elle constitue un acte qui n'est ni de juridiction, ni de magistrature, mais une simple voie d'information légale dans l'intérêt des ayants droit. Il en résulte que la publication échappe à l'exercice du droit de grâce, et que le sursis, en cas de condamnation conditionnelle, ne peut s'y étendre<sup>9</sup>.

Cette publication serait dès lors le corollaire de la publication du jugement de faillite prévue par l'article 472 du Code de commerce.

C'est une mesure d'information des tiers, des autres commerçants, des fournisseurs.

Cette mesure accessoire est particulièrement redoutée par les prévenus qui avaient réussi d'obtenir une nouvelle autorisation d'établissement avant le prononcé de la faillite et avant la citation devant le tribunal correctionnel pour recommencer un nouveau commerce, ce d'autant plus s'ils ont recommencé une exploitation commerciale après la faillite, dans le même secteur.

A l'heure actuelle un recours en grâce a même été introduit par les prévenus contre l'affichage et la publication ordonnée dans le cadre d'une affaire de banqueroute par la Cour d'appel<sup>10</sup>.

Pourquoi ne pas avertir les fournisseurs, les clients et en général les cocontractants du manque d'honorabilité dans le chef du dirigeant de la société nouvelle, de son enrichissement personnel au dépit de ses créanciers?

L'on pourrait dès lors à titre de consensus, abandonner l'affichage en salle d'audience et maintenir la publication par voie de presse mais de la rendre facultative en matière de banqueroute simple et de maintenir la publication obligatoire pour les cas de banqueroute frauduleuse.

Le parquet général rejoint encore la proposition du parquet de Diekirch visant à attribuer la compétence au juge pénal pour prononcer **l'interdiction professionnelle prévue par l'article 444-1 du Code de commerce**.

Aux termes de l'article 444-1 du Code de commerce, la chambre commerciale prononcera obligatoirement l'interdiction professionnelle contre le dirigeant de fait ou de droit condamné du chef de banqueroute simple ou frauduleuse.

<sup>7</sup> Loi du 13 juin 1994 sur le régime des peines et portant entre autres introduction de l'article 100-1 au Code pénal, doc. parl. 2974, Exposé des motifs p. 16

<sup>8</sup> Gaston Schuind, Traité pratique de droit criminel – La banqueroute et l'insolvabilité frauduleuse – n° 57, p. 440 I

<sup>9</sup> Répertoire pratique de droit belge, v° Faillite et Banqueroute, n° 2676, p. 576

<sup>10</sup> Arrêt n° 544/12 X rendu le 28 novembre 2012

– Cette dualité de compétence contraint le parquet de saisir après le prononcé d’une condamnation du chef de banqueroute par la chambre correctionnelle, la chambre commerciale par une assignation par exploit d’huissier de justice, afin de voir prononcer la mesure de l’interdiction d’exercer une activité commerciale. Le jugement commercial doit ensuite être signifié suivant le droit commun, par voie d’huissier de justice à la personne concernée.

Cette manière de procéder entraînera non seulement une perte de temps et des coûts supplémentaires, mais il se pose de surcroît un problème d’exécution de la décision: le ministère public agit pour l’exécution et le contrôle de l’application d’une condamnation civile.

Il conviendrait mieux de donner compétence à la juridiction répressive qui a prononcé la condamnation du chef de banqueroute et ayant une connaissance approfondie du dossier répressif, de prononcer la sanction de l’interdiction d’exercer une profession commerciale, partant la conséquence logique de la condamnation au pénal.

Ceci d’autant plus que l’interdiction professionnelle n’est pas une sanction inconnue en matière pénale, mais expressément prévue par l’article 18 du Code pénal à titre de peine de remplacement prononcée en lieu et place de la peine d’emprisonnement.

Il est dès lors suggéré de prévoir que la juridiction répressive prononcera outre la peine d’emprisonnement et/ou la peine d’amende, l’interdiction d’exercer directement ou par personne interposée une activité commerciale telle que définie à l’heure actuelle par l’article 444-1 du Code de commerce.

Le non-respect de l’interdiction professionnelle est sanctionné par l’article 314-1 du Code pénal.

Le parquet se trouve à l’heure actuelle dans une zone grise lorsqu’il veut vérifier en l’absence de tout indice (sinon le magistrat en charge du dossier chargera la police d’une enquête préliminaire du chef de violation de l’article 314-1 du Code pénal), le respect et l’exécution par l’ancien commerçant/ancien dirigeant, de l’interdiction prononcée contre lui d’exercer une profession commerciale.

Est-ce que le magistrat du parquet peut en l’absence de tout indice de non-respect, charger la police de vérifier auprès du concerné s’il respecte l’interdiction. Est-ce que la police peut entrer sur le nouveau lieu de travail pour vérifier qui est le dirigeant ou auditionner des témoins et procéder à une enquête si l’interdit agit par personne interposée sans s’exposer au reproche que le parquet recherche une infraction. Est-ce que le Centre commun de la sécurité sociale peut communiquer la fiche d’affiliation du concerné renseignant sous quelle qualité il est à nouveau affilié au centre commun: salarié ou commerçant?

Si la mesure est prononcée par une juridiction correctionnelle, l’exécution de la décision sera transférée au Service de l’exécution des peines du parquet général qui est mieux outillé pour exécuter les décisions en matière correctionnelle et surtout à vérifier si la décision sera respectée.

– En ce qui concerne le caractère obligatoire de cette mesure:

A l’heure actuelle il appartient au magistrat du parquet d’apprécier s’il entend introduire une action en interdiction professionnelle devant la chambre commerciale suite à une condamnation du chef de banqueroute frauduleuse par le tribunal correctionnel. S’il décide de saisir la chambre commerciale, cette juridiction n’a aucun pouvoir d’appréciation et devra prononcer au vu du libellé actuel de l’article 444-1 du Code de commerce l’interdiction, même en cas d’infraction peu grave: „*L’interdiction est obligatoirement prononcée contre celui qui est condamné pour banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse*“.

Ce sera dès lors le magistrat du parquet qui appréciera au cas par cas, s’il sera opportun de saisir encore la chambre commerciale en vue du prononcé d’une interdiction professionnelle.

Si cette mesure accessoire sera dorénavant prononcée par le tribunal correctionnel, il conviendrait de laisser cette appréciation à la juridiction saisie et de ne pas prévoir une condamnation obligatoire, sinon chaque condamnation du chef de banqueroute, sera obligatoirement assortie d’une interdiction professionnelle, même les cas peu graves pour lesquels le parquet ne saisirait pas la chambre commerciale.

Afin d’éviter cet inconvénient, l’on pourrait prévoir que le tribunal ayant condamné le prévenu du chef de banqueroute frauduleuse ou banqueroute simple, ***pourra*** prononcer en outre une interdiction professionnelle ou bien que le prononcé de cette condamnation ***sera obligatoire pour les banqueroutiers frauduleux et facultatif pour les banqueroutiers simples***.

L’article 489 du Code pénal se lirait dès lors comme suit:

„Ceux qui, dans les cas prévus par le Code de commerce, seront déclarés coupables de banqueroute seront condamnés:

Lorsque le commerçant failli ou le dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale en faillite se trouve dans l'un des cas de **banqueroute simple** prévus par le chapitre I du titre II, à une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et à une amende de 251 euros à 10.000 euros, ou à l'une de ces peines seulement.

Lorsque le commerçant failli ou le dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale en faillite se trouve dans l'un des cas de **banqueroute frauduleuse** prévus par le chapitre II du titre II à une peine d'emprisonnement de trois mois à cinq ans et à une amende de 251 euros à 125.000 euros ou à l'une de ces peines seulement.

Les banqueroutiers pourront de plus être condamnés à l'interdiction conformément à l'article 24 du présent code.

Les banqueroutiers simples pourront encore être condamnés à l'interdiction d'exercer directement ou par personne interposée, une activité commerciale ainsi qu'une fonction d'administrateur, de gérant, de commissaire au compte, de réviseur d'entreprise ou toute fonction conférant le pouvoir d'engager une société pour une durée qui ne peut être inférieure à un an, ni supérieure à vingt ans.

Cette interdiction est obligatoirement prononcée contre les banqueroutiers frauduleux.

Le procureur général d'Etat ou son délégué veille à l'exécution et l'observation de cette condamnation et pourra à cet effet charger la police grand-ducale des mesures de contrôle et solliciter le concours de toute administration ou organisme de droit public.“

Pour le Procureur Général d'Etat,  
Jean ENGELS  
(avocat général)

\*

## AVIS DU PROCUREUR D'ETAT A LUXEMBOURG

(18.3.2013)

### Quant au titre 1 – Mesures de prévention et de redressement

Comme ce volet du projet de loi prévoit essentiellement des démarches d'évaluation économique nécessitant surtout des compétences dans le domaine de la gestion d'entreprise, l'intervention des magistrats du Ministère Public est à questionner. Principalement, comme cette intervention n'est d'aucune utilité pratique et pertinente, il n'y a pas de raison de la prévoir et les dispositions afférentes seraient à modifier en ce sens.

Ce n'est donc qu'à titre subsidiaire que les dispositions faisant intervenir le Procureur d'Etat sont commentées par la suite; à titre de remarque générale, il est souhaitable de désigner le Ministère Public par l'appellation exacte correspondant à la situation: Procureur d'Etat ou Procureur Général d'Etat. Dans le même contexte, si les dispositions qui prévoient l'implication des magistrats du parquet sont maintenues, avec les conséquences en charge de travail accrue, il est indispensable de considérer une augmentation parallèle des effectifs.

*Article 13 (3), alinéa 2:*

Le Procureur d'Etat auquel la requête en ouverture de la procédure de réorganisation est communiquée, décidera de l'opportunité d'assister aux opérations de la procédure.

*Article 23, par. (1):*

Sous réserve de disposer d'informations sur des faits précis et concordants susceptibles de satisfaire à la qualification de faute grave et caractérisée ou de mauvaise foi manifeste (qualifications non autrement précisées dans le commentaire par rapport à des éléments constitutifs), le Procureur d'Etat pourra saisir le tribunal en vue de la désignation d'un administrateur provisoire se substituant au débiteur

reconnu fautif dans sa gestion de l'entreprise. Le Procureur d'Etat reste juge de l'opportunité de son intervention.

Le paragraphe (2) devrait être reformulé pour une meilleure compréhension et cohérence.

Dans sa 1<sup>re</sup> phrase, il dispose que le jugement nommant l'administrateur provisoire n'est pas susceptible d'opposition, pour ensuite prévoir un recours dans les 8 jours de la notification de ce jugement devant le magistrat présidant la juridiction qui a rendu le jugement. C'est contradictoire.

L'article 24 doit subir la même critique quant à la cohérence du texte. Le commentaire indique qu'il s'agit d'un appel, mais qui ne serait alors pas porté devant la juridiction supérieure, mais devant un juge unique de la même instance juridictionnelle, ce qui est difficilement concevable.

L'article 36, paragraphe (1), alinéa 2, prévoit une saisine du tribunal par le Procureur d'Etat (facultative, donc en opportunité) qui se retrouve mentionnée à l'article 54 et qui suppose que le Parquet dispose d'informations pertinentes de nature économique permettant des conclusions quant aux chances de survie de l'entreprise d'un point de vue économique.

Dans le contexte des hypothèses de saisine du tribunal par le Procureur d'Etat, il conviendrait de s'en tenir à une seule manière de procéder et qui serait celle de la requête soumise au tribunal qui la communiquera aux personnes concernées par la décision sollicitée ensemble avec la date de l'audience.

L'article 51 suscite la même critique que celle déjà émise pour les articles 23 et 24.

L'article 53, alinéa 2, prévoit une saisine du tribunal par le Procureur d'Etat (facultative, donc en opportunité) en vue de la révocation du plan de réorganisation; une telle démarche suppose des informations pertinentes et précises sur le déroulement de l'exécution du plan qui ne sont pas à la portée des services du Parquet.

L'article 54, paragraphe (2), dans le contexte du transfert de l'entreprise sous autorité de justice, prévoit une intervention (facultative) du Procureur d'Etat qui suscite les mêmes commentaires que pour la disposition de l'article 36, paragraphe (1), alinéa 2.

Pour les amendes fixées aux articles 67 et 68 du projet de loi, il faut évidemment lire le minimum correctement, comme s'élevant à 251 EUR et non à 25 EUR; il n'est très probablement pas envisagé de déterminer une amende à cheval entre le minimum de la peine de police – 25 EUR et un maximum de nature correctionnelle, de sorte que le montant minimum indiqué dans le projet de loi est certainement une erreur matérielle (oubli du chiffre 1).

## **Quant au Titre 2 – La procédure de dissolution administrative sans liquidation**

Actuellement, le Parquet de Luxembourg a recensé près de 4.000 sociétés commerciales inscrites au Registre du Commerce et des Sociétés, en état formel d'être soumises à une procédure de dissolution et liquidation en application de l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Il y a donc un besoin impératif d'obtenir la radiation de ces „cadavres“ du Registre du Commerce et des Sociétés.

Une procédure non judiciaire et purement administrative dans un premier temps est donc de mise pour se débarrasser des „coquilles vides“.

L'article 69 prévoit une procédure facultative à l'initiative exclusive du Procureur d'Etat à l'égard des sociétés commerciales qui sont 1° en état de faillite, sans salariés déclarés et ne disposant pas d'un actif de 1.000 EUR, ou 2° qui sont en infraction à la loi pénale ou aux lois régissant les activités commerciales et les sociétés, sans salariés déclarés et ne disposant pas d'un actif de 1.000 EUR.

La condition de la vérification de l'existence ou de l'importance d'un actif, implique une démarche d'enquête qu'il s'agit d'éviter, de même que le Parquet ne doit pas devenir l'exécutant des administrations qui ne procéderont plus par assignation en leur nom et l'intervention d'un avocat à leurs frais.

A noter quant au point 4 de l'article 71 que l'article 16 de la loi du 19.12.2008 ne prévoit une coopération de la part de l'Administration des Contributions Directes et de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines, sur demande des autorités judiciaires, que dans le cadre d'une action pénale.

Si un dispositif tel que celui déterminé par le projet de loi est introduit dans la législation, il est indispensable de l'accompagner par un renforcement en effectifs pour le faire fonctionner correctement, alors qu'il génère une surcharge de travail pour les services du Parquet en termes de gestion et de



traitement des informations sur les sociétés visées par les divers intervenants et détenteurs d'information, et en terme de mise en oeuvre de la procédure administrative.

Il faudrait donc s'en tenir à ce qui ne nécessite qu'une constatation formelle de non-conformité suivie d'une démarche simple de mise en route de la procédure de radiation par voie de réquisitoire du Procureur d'Etat au Registre du Commerce et des Sociétés (et non par voie d'une ordonnance d'injonction, le Procureur d'Etat ne procédant pas par ce moyen réservé aux magistrats du siège), et faire en sorte que le coût relatif à la dissolution de la société „abandonnée“ ne soit pas plus important que celui relatif à sa constitution.

Cette réquisition serait jointe au dossier de la société et publiée au Mémorial C, dans deux quotidiens et sur le site internet du Registre du Commerce et des Sociétés, avec l'information qu'à défaut d'opposition dans le délai de trois mois, la radiation sera définitivement opérée. Afin de limiter le coût relatif à la publication par voie de presse on pourrait prévoir une annonce mensuelle groupant les sociétés concernées.

Un recours sous forme d'opposition contre la réquisition en radiation serait ouverte à la société concernée et à tout créancier; l'opposition écrite et motivée par référence aux conditions de la dissolution administrative sans liquidation, serait adressée au Procureur d'Etat qui saisirait la juridiction compétente pour statuer sur le bien-fondé.

La radiation serait tenue en suspens dans l'attente du jugement qui soit rapportera la procédure de radiation, soit ordonnera la dissolution et la liquidation.

Comme la grande majorité des sociétés commerciales „abandonnées“ sont facilement repérables à partir de la constatation qu'elles ne satisfont plus aux exigences de base – siège et dirigeant(s) et accessoirement tenue des comptes et dépôt-publication, il est proposé de prévoir l'application de la procédure administrative simplifiée pour les sociétés commerciales qui depuis plus de deux ans n'ont plus de siège social et dont un ou plusieurs dirigeants démissionnaires n'ont pas été remplacés dans le même laps de temps, et celles qui alternativement avec l'une ou l'autre des deux premières circonstances n'ont pas procédé au dépôt au RCS de leurs comptes annuels relatifs à trois exercices sociaux.

La nouvelle loi déterminerait ainsi, sur base de constatations objectives et vérifiables, une présomption raisonnable d'abandon, de désintérêt à assurer l'existence de la société de la part du ou des associés.

### **Quant aux modifications des articles du Code de commerce**

L'article 442 devrait indiquer, „... soit sur requête du Procureur d'Etat“ au lieu de „... soit sur saisine du Procureur d'Etat“.

A l'article 494, le délai de réponse du curateur au questionnaire relatif à la faillite est à porter à 6 mois, l'expérience montrant que cette période est plus raisonnable quant aux informations de toute nature que le curateur obtient au cours de ses démarches.

Dans le contexte de la proposition relative à la correctionnalisation de la banqueroute frauduleuse, la distinction entre celle-ci et la banqueroute simple, dont les hypothèses visent des comportements d'une gravité moindre, doit être maintenue. Ainsi les articles 573 à 577 devraient être maintenus avec la distinction entre banqueroutier simple et banqueroutier frauduleux.

Il est encore proposé de compléter l'article 573 comme suit:

„Est déclaré banqueroutier, tout commerçant failli ou dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale, qui ...“ pour adapter le texte à la réalité; de même il est proposé de compléter le point 4° de l'article 573, en ajoutant derrière le terme „inventaire“, les termes „ou bilan“.

L'article 574 serait pareillement à compléter par l'ajout „ou dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale“.

L'article 578 qui opère un renvoi à l'article 60 de l'ancien code pénal français de l'époque de la promulgation du code de commerce est à abroger, les délits de banqueroute frauduleuse étant soumis aux règles générales des articles 66 et 67 du Code pénal luxembourgeois qui régissent la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit.

Il serait pareillement indiqué d'abroger l'article 583, la publication et l'affichage du jugement de condamnation ne correspondant plus à aucune utilité et cette sanction n'étant appliquée pour aucune



autre condamnation pénale, bien que cette peine soit énumérée à l'article 14, 6) du Code Pénal dans la liste des peines correctionnelles.

### **Quant à la correctionnalisation de la banqueroute frauduleuse**

De mémoire de magistrat, aucune affaire de banqueroute frauduleuse n'a jamais été poursuivie, sous la qualification légale de crime, devant la juridiction compétente (cour d'assises ou chambre criminelle).

Les affaires de banqueroute frauduleuse ont été systématiquement décriminalisées par admission de circonstances atténuantes et portées devant le tribunal correctionnel.

La correctionnalisation envisagée ne fait donc qu'adapter la loi à la pratique judiciaire.

Cette requalification de crime en délit n'accélérera et ne facilitera cependant pas le traitement de ces affaires et notamment les enquêtes à mener en vue de déterminer les faits et leur déroulement, car c'est souvent la complexité des faits qui fait la difficulté; de même l'intervention du juge d'instruction est dans la grande majorité des cas indispensable, dès lors que l'élucidation des faits exige l'exécution de devoirs qui nécessitent des mesures coercitives.

Ce qui pose un réel problème avec la démarche de correctionnalisation telle qu'elle est déterminée par le projet de loi, c'est la réduction de la peine privative de liberté sanctionnant la banqueroute frauduleuse, dont le maximum descend de dix ans de réclusion criminelle à deux ans d'emprisonnement, sans que cette réduction ne soit motivée d'une quelconque façon dans le commentaire, sauf à admettre qu'il s'agit d'un délit de moindre gravité, à l'instar des hypothèses de banqueroute simple.

Actuellement, la décorrectionnalisation a pour effet de fixer le maximum pour l'infraction de banqueroute frauduleuse à cinq ans d'emprisonnement, la plaçant dès lors au même niveau que le délit apparenté de l'abus de biens sociaux. Il est donc indispensable de modifier le projet de loi à cet égard et de rédiger l'article 489 du Code Pénal modifié de la manière suivante:

**„Art. 489:** Suivant les cas prévus dans le Code de commerce, les coupables de banqueroute simple seront condamnés à une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et à une peine d'amende de 500 à 30.000 EUR, ou à l'une de ces deux peines seulement, et les coupables de banqueroute frauduleuse seront condamnés à une peine d'emprisonnement d'un an à cinq ans et à une peine d'amende de 2.500 à 125.000 EUR, ou à l'une de ces deux peines seulement.

Les coupables pourront en plus, être condamnés à l'interdiction des droits, conformément à l'article 24, et à l'interdiction d'exercer directement ou par personne interposée une activité commerciale ainsi qu'une fonction conférant le pouvoir d'engager une société commerciale, de même que les fonctions de commissaire aux comptes, de comptable, d'expert-comptable, de réviseur d'entreprises, de domiciliataire et de professionnel du secteur financier.“

*Le Procureur d'Etat,*  
Jean-Paul FRISING

## **AVIS DU PROCUREUR D'ETAT A DIEKIRCH**

### **DEPECHE DU PROCUREUR D'ETAT A DIEKIRCH AU PROCUREUR GENERAL D'ETAT**

(18.3.2013)

Monsieur le Procureur Général d'Etat,

Le Parquet de Diekirch tient tout d'abord à souligner qu'il approuve la volonté du gouvernement de réformer profondément le droit des faillites afin de prévenir, si possible, la mise en faillite de sociétés en difficultés momentanées et d'accélérer le déroulement des procédures, notamment en vue de dissoudre administrativement des sociétés sans activités, ni actifs. Il entend commenter dans le cadre du présent avis les dispositions du projet de loi pour autant qu'elles confèrent des attributions spéciales aux Parquets et modifient les dispositions pénales actuellement en vigueur concernant la répression des banqueroutes.

Au fil du texte de loi proposé, il est fait référence à différents endroits au „Ministère public“. En vue de parer à toute difficulté d'interprétation, il semble préférable de préciser, pour chaque disposition prévue, s'il appartient au „procureur général d'Etat“ ou au „procureur d'Etat“ d'intervenir dans la procédure, à qui d'entre eux une notification devrait être faite et quels sont les voies de recours réservées à chacun d'eux. la référence au Ministère public qu'il y aurait par ailleurs lieu d'écrire de la même façon (majuscule ou minuscule) tout au long du texte de loi, étant susceptible de prêter à confusion.

#### TITRE 1er

#### **Les mesures en vue de préserver les entreprises**

Il convient de relever de prime abord que le projet de loi vise, dans le cadre des mesures prévues dans ce titre, non seulement les commerçants définis à l'article 1er du Code de commerce. mais également les artisans et les sociétés civiles.

L'intervention du Parquet n'est prévue qu'en cas de réorganisation judiciaire demandée par requête au tribunal. Aux termes de l'article 13, le greffier devra en aviser dans les vingt-quatre heures le Ministère public qui pourra alors assister à toutes les opérations de la procédure. Les articles 23 et 24 règlent les possibilités d'intervention du Ministère public dans cette procédure puisque celui-ci pourra d'une part, demander au tribunal, en cas de faute grave et caractérisée ou de mauvaise foi manifeste du débiteur ou de ses organes, de leur substituer dans le jugement qui ouvre la procédure de réorganisation judiciaire ou dans un jugement ultérieur, un administrateur provisoire chargé d'administrer l'entreprise et d'autre part, exercer des voies de recours.

Conformément à l'article 51, le Ministère public pourra exercer des voies de recours contre le jugement statuant sur la demande d'homologation du plan de réorganisation.

L'article 53 prévoit encore la possibilité pour le Ministère public de demander la révocation du plan de réorganisation lorsqu'il constatera l'inexécution de la totalité ou d'une partie du plan.

Enfin, le transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités pourra être ordonné sur citation du procureur d'Etat en application de l'article 54 (2).

Au vu de ces textes, il faut se poser la question pourquoi le procureur d'Etat dont la mission principale consiste à exercer l'action publique et à requérir l'application de la loi pénale, aurait vocation à intervenir dans une procédure de réorganisation d'une société civile ou commerciale, partant dans une procédure tendant à un redressement économique d'une entreprise en difficultés.

Le Parquet n'est en effet pas outillé à récolter des données de nature économique, de faire des analyses de stratégie commerciale en vue de trouver des remèdes, non encore détectés par les responsables d'une entreprise en difficultés pour redresser sa situation, les magistrats des Parquets n'ayant ni formation spéciale, ni renseignements propres leur permettant d'apprécier les chances de succès d'un plan de réorganisation proposé.

D'ailleurs, l'intervention des Parquets dans cette procédure ne fait l'objet d'aucun commentaire dans l'exposé des motifs du projet de loi où il est par contre retenu à la page 8 qu'il est „difficile de donner un rôle de suivi de ces procédures aux magistrats qui sont également souvent mal outillés pour apprécier la situation économique sous-jacente“.

Le soussigné voit dès lors mal la plus-value apportée à la procédure de réorganisation judiciaire d'une entreprise par le fait de faire intervenir les Parquets dans une procédure se trouvant en dehors de sa mission principale d'exercer l'action publique, étant donné que ceux-ci ne disposent ni des renseignements et informations utiles pour agir efficacement et constructivement, ni les compétences de nature économique nécessaires pour apprécier les chances de succès des mesures de réorganisation envisagées. Mieux vaut dès lors de faire abstraction de l'intervention des Parquets à ce niveau au lieu de créer un texte de loi qui est voué à rester lettre morte.

Pour être complet, il reste à souligner que les dispositions des articles 23 et 24 qui règlent les demandes et recours à exercer par le procureur d'Etat sont susceptibles de prêter à confusion. En effet, il est retenu à l'article 23, paragraphe (2) que les jugements rendus en application du paragraphe 1er ne sont pas susceptibles d'opposition, ce qui constitue en droit commun le recours formé devant la même juridiction qui a prononcé une décision par défaut, alors que dans l'alinéa suivant il est retenu que „le recours est formé devant le magistrat présidant la chambre du tribunal“, partant devant un des magistrats de la juridiction qui a rendu le jugement déféré.

Le fait de prévoir que „l'action est introduite et jugée comme en matière de référé conformément aux articles 934 à 940 du Nouveau Code de Procédure Civile“ ne paraît pas non plus très claire puisqu'il n'en résulte pas avec certitude si cette disposition est de teneur à régler la procédure applicable au recours ou tend à instituer le caractère provisoire de la décision à intervenir qui ne pourrait ainsi pas acquérir force de chose jugée au fond.

Il faut encore poser la question quelle serait l'utilité de signifier l'assignation et l'acte d'appel cumulativement au procureur d'Etat et au procureur général d'Etat. La disposition que le droit d'exercer les voies de recours appartient aussi au „Ministère Public“ n'est pas non plus univoque puisqu'il pourrait en résulter que le recours contre un même jugement serait ouvert tant au procureur d'Etat qu'au procureur général d'Etat.

Il convient enfin de corriger l'erreur matérielle qui semble s'être glissée dans l'article 67 qui entend prévoir, d'ailleurs à raison, des peines correctionnelles pour réprimer les infractions y énumérées, tout en disposant que le minimum de l'amende serait de 25 euros, alors que le minimum légal de l'amende correctionnelle est conformément à l'article 16 du Code pénal fixé à 251 euros.

## TITRE 2

### **La procédure de dissolution administrative sans liquidation prévue à l'article 69 du projet de loi**

La procédure de dissolution administrative sans liquidation prévue à l'article 69 du projet de loi peut concerner toute société commerciale qui cesse ses paiements et dont le crédit se trouve ébranlé, à condition qu'elle n'ait pas de salariés déclarés auprès du Centre commun de la sécurité sociale et que son actif ne dépasse pas le seuil fixé par règlement grand-ducal.

Cette procédure est également possible au cas où une société poursuit des activités contraires à la loi pénale ou contrevient gravement aux dispositions du Code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris en matière de droit d'établissement, du moment qu'elle n'a pas de salariés déclarés et que son actif ne dépasse pas le seuil fixé par règlement grand-ducal.

Il convient d'approuver la volonté gouvernementale de prévoir une procédure accélérée et peu coûteuse afin de dissoudre administrativement des sociétés sans activités, sans salariés, et très souvent sans siège social, ni administrateurs.

D'après le projet de loi, cette procédure peut être initiée par le procureur d'Etat qui est chargé de recueillir les données nécessaires pour apprécier si les conditions d'application de cette procédure de liquidation simplifiée lui paraissent remplies.

Afin de pouvoir décider en pleine connaissance de cause de l'opportunité de recourir à cette procédure, il est prévu que bon nombre d'informations seront dorénavant transmises au Parquet en vue d'accomplir sa mission consistant à identifier les sociétés qui pourraient faire l'objet d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation, l'article 71 constituant la base légale de ce transfert de données non constitutives d'infractions au procureur d'Etat.

Il faudrait toutefois préciser le terme „obtenus“ figurant à l'article 71 dans le sens que ces renseignements et documents seront transmis au procureur d'Etat soit spontanément par la personne ou l'administration qui les détient, soit sur demande du procureur d'Etat.

Ainsi, toutes les administrations publiques, également celles non visées à l'article 16 de la loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter-administrative et judiciaire, pourront dorénavant fournir des renseignements au procureur d'Etat afin que celui-ci puisse identifier les sociétés remplissant les conditions pour être soumises à une dissolution administrative. En vue de déterminer les éventuels actifs d'une société, le procureur d'Etat pourra également solliciter tout renseignement qui lui paraîtra utile, notamment de la part du bureau des hypothèques.

Se pose toutefois la question, si les banques et autres instituts financiers pourront intervenir volontairement dans cette procédure et communiquer spontanément des renseignements sur les avoirs d'une société figurant dans leurs livres et dans quelle mesure le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés pourra, par un règlement grand-ducal prévu à l'article 75, alinéa 2, être autorisé à effectuer des démarches auprès de ces instituts financiers pour exercer „sa mission de vérification“.

Il est enfin proposé d'ajouter parmi les données à transmettre au procureur d'Etat, les rapports et les procès-verbaux dressés par la police grand-ducale qui constituent en fait la plus importante source d'informations du Parquet.

Il convient par ailleurs de souligner que les documents transmis au procureur d'Etat ne sont énumérés qu'à titre indicatif dans l'article 71 étant donné que l'énumération est précédée du terme „notamment“. ce qui présente l'avantage de ne pas restreindre l'étendue des renseignements pouvant être transmis au Parquet.

Au vu des considérations qui précèdent, l'article 71 pourrait être libellé comme suit:

„les sociétés commerciales susceptibles de faire l'objet d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation sont identifiées par le procureur d'Etat sur base des renseignements et documents lui transmis spontanément ou à sa demande notamment:

...

*6. les rapports et procès-verbaux dressés par la police grand-ducale.“*

Au cas où le point 4 de l'article 71 est inséré dans la loi relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite, il faudrait également *modifier l'article 16 de la loi du 19 décembre 2008 ayant entre autre pour objet la coopération interadministrative et judiciaire*, afin de tenir compte de la modification législative à intervenir en cause.

En effet, il y est prévu au paragraphe (1) que l'Administration des contributions directes et l'Administration de l'enregistrement et des domaines transmettent aux autorités, à leur demande, les informations susceptibles d'être utiles dans le cadre d'une action pénale engagée en matière correctionnelle ou criminelle.

Le paragraphe (2) ajoute que l'Administration des contributions directes et l'Administration de l'enregistrement et des domaines qui, dans l'exercice de leurs attributions, acquièrent la connaissance d'un crime ou d'un délit, sont tenues d'en donner avis sans délai au procureur d'Etat et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.

Or, le simple fait pour une société commerciale de ne pas payer les taxes et impôts qu'elle est redevable, n'est pas nécessairement constitutif d'une infraction pénale, de sorte qu'il conviendrait *d'étendre les dispositions des paragraphes (1) et (2) de l'article précité par la mention „ainsi que tout renseignement utile à l'ouverture d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation“.*

Le Parquet aura dès lors, en application des articles 69 et suivants du projet de loi, à remplir une nouvelle mission consistant d'abord à assembler les renseignements, données et documents les plus divers par rapport aux sociétés établies dans l'arrondissement judiciaire où il a comme attribution principale d'exercer l'action publique, puis à examiner tous les éléments qui peuvent être mis à sa disposition pour décider de l'ouverture d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation. Le Parquet devra ainsi enregistrer toutes les données qui lui sont successivement transmises, les regrouper, puis les analyser.

Cette mission proactive, nécessaire pour combattre efficacement le phénomène des sociétés sans activités, nommées „coquilles vides“, sera de nature à poser des problèmes d'organisation réels au Parquet de Diekirch qui ne dispose, contrairement au Parquet de Luxembourg, d'aucun Parquet économique. Il ne faut pas perdre de vue qu'au fil des dernières années, un nombre croissant de sociétés dirigées en fait par des personnes sans résidence au Grand-Duché, se sont implantées par voie de domiciliation dans l'arrondissement judiciaire de Diekirch, espérant ainsi échapper aux contrôles plus

systématiques effectués au centre du pays et dissimuler d'éventuelles violations de la législation luxembourgeoise régissant les sociétés commerciales.

Il paraît dès lors utile de rappeler, à ce stade, brièvement le fonctionnement du Parquet de Diekirch qui est composé en tout de 5 magistrats pour exercer l'action publique sur plus de la moitié du territoire national.

L'exécution de cette tâche exige que les magistrats de service accomplissent chaque mois une permanence d'une semaine où ils interviennent consécutivement pendant 7 journées, de jour et de nuit, afin de prendre les décisions requises à l'exercice de l'action publique. Ces décisions doivent être fréquemment prises pendant la nuit, notamment en cas d'arrestations en flagrant délit, d'expulsions dans le cadre de violences domestiques et d'autres actes contraignants exercés par la police où l'autorisation du procureur d'Etat est requise. Suit alors pour chaque parquetier une semaine où il représente le Ministère public pendant 5 audiences publiques, puis une semaine où il s'occupe des affaires à être jugées par la chambre du conseil, de sorte qu'il ne lui reste en tout qu'une semaine pour s'occuper à plein temps du traitement et de l'instruction de ses affaires courantes; il faut savoir que près de 1.800 affaires nouvelles sont attribuées chaque année à chacun des substituts du Parquet de Diekirch assurant le service „permanence“.

Ce rythme soutenu avec des permanences de 7 jours et nuits d'affilée chaque mois, ne laisse déjà actuellement que peu de temps aux parquetiers pour s'occuper du traitement de dossiers plus complexes, mais les empêchera certainement de s'occuper avec tous les soins requis du sort non délictuel des sociétés établies dans l'arrondissement de Diekirch. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue que tout récemment, à savoir depuis le début de l'année 2013, suite à la mise en vigueur de la loi du 26 décembre 2012 modifiant entre autre l'article 26, paragraphe (2) du Code d'instruction criminelle, le Parquet de Diekirch a également reçu compétence pour traiter les affaires relatives aux actes de blanchiment commises dans l'arrondissement de Diekirch, de sorte qu'il conviendrait, afin de garantir que les nouvelles dispositions réglant la dissolution administrative sans liquidation puissent être appliquées avec les diligences nécessaires, de créer à l'instar de ce qui existe au Parquet de Luxembourg, un Parquet économique dans l'arrondissement judiciaire de Diekirch.

Il est dès lors proposé de modifier les dispositions de l'article 13bis de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice en ce sens que „les procureurs d'Etat auprès des tribunaux d'arrondissement de Luxembourg et de Diekirch désignent plus particulièrement les substituts qui traitent, sous la direction d'un procureur d'Etat adjoint ou d'un substitut principal ou d'un premier substitut, les affaires économiques et financières“ ainsi que l'article 12 de la même loi en prévoyant qu'il y aura affectation de deux substituts au Parquet de Diekirch.

La procédure prévue aux articles 72 et suivants du projet de loi appelle de surcroît plusieurs commentaires puisqu'elle semble, telle que prévue, trop complexe pour arriver à la fin projetée, à savoir dissoudre administrativement dans un bref délai les sociétés sans actif et sans activités, tout en respectant les droits de défense de celles-ci. Il est dès lors proposé d'introduire une procédure plus simple, non contradictoire dans un premier temps, qui pourrait comporter les axes ci-après tracés.

Pour désengorger les tribunaux de ces procédures où il y a lieu d'apprécier surtout des données de fait sans devoir toiser des questions de droit, il est envisagé à raison dans le projet de loi de soumettre ces affaires au gestionnaire du registre de commerce.

Le gestionnaire du registre de commerce devrait être saisi par un réquisitoire du procureur d'Etat. celui-ci ne prononçant en principe pas d'ordonnance, en vue de procéder sur base des pièces rassemblées par le Parquet et qu'il a lui-même à sa disposition, à la dissolution administrative sans liquidation d'une société. Cette étape devrait être non contradictoire étant donné qu'il faut admettre que le Parquet ne lance pas une telle procédure à la légère et qu'il est tenu de joindre les pièces justificatives qu'il a regroupées et analysées à l'appui de son réquisitoire.

Sur base des pièces ainsi soumises au gestionnaire du registre de commerce, ces pièces constituant un faisceau d'indices constituant une présomption simple que les conditions d'une dissolution administrative sans liquidation s'avèrent remplies, le gestionnaire du registre de commerce procédera, sauf dans l'hypothèse où il détient ou obtient des renseignements de nature à remettre en question les éléments contenus dans le réquisitoire du procureur d'Etat, à la dissolution administrative et à la radiation de la société dans le registre.

Cette radiation pourrait être publiée soit dans le premier fascicule du Mémorial C du mois à venir, soit dans deux quotidiens à paraître le premier jour ouvrable du mois à venir, afin de garantir que la



dissolution non contradictoire de la société puisse être effectivement remarquée tant par les créanciers de la société dissoute administrativement que par les dirigeants de cette société qui pourront alors former opposition devant le tribunal d'arrondissement contre la dissolution de la société.

Pour limiter ce recours dans le temps, il paraît opportun de prévoir un délai de trois mois pour agir, celui devant commencer à courir à partir d'une date certaine, à savoir soit la publication au Mémorial, soit la première publication dans un quotidien. S'il est certainement utile de publier la liquidation de la société également sur le site internet du registre de commerce, il semble toutefois discutable de faire courir le délai d'un recours en justice à partir d'une date de publication sur internet.

La société qui exercerait un recours devant le tribunal devrait procéder, comme en droit commun, par voie d'assignation et faire assigner tant les créanciers qui ont déposé une déclaration de créance au registre de commerce que le procureur d'Etat à l'audience.

Les créanciers devraient également avoir le droit d'agir contre la dissolution administrative intervenue en cause et d'assigner la société dont ils estimeraient qu'elle disposerait encore d'actifs suffisants pour acquitter du moins partiellement leur créance. A ces fins, ils devraient assigner la société dissoute administrativement et le procureur d'Etat à l'audience, les créanciers ne désirant pas agir personnellement pouvant intervenir volontairement à l'instance.

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

Un tel régime de dissolution administrative serait, de l'avis du soussigné, moins complexe et plus rapide que celui prévu par le projet de loi, sans qu'il y ait toutefois violation des droits de défense ni de la société à liquider qui pourra former un recours devant le tribunal et faire annuler la procédure de dissolution engagée à tort à son encontre, ni des créanciers qui pourraient faire valoir leurs droits contre la société devant le tribunal afin d'essayer de recouvrer encore leur dû.

### TITRE 3

#### **L'article 86 modifiant l'article 438 du Code de commerce**

Il convient d'approuver le projet de loi dans la mesure où il tend à décriminaliser la banqueroute frauduleuse pour ériger cette infraction en délit. Outre le constat qu'aucune affaire récente de banqueroute frauduleuse n'a été portée devant la Chambre criminelle, juridiction compétente selon le droit commun pour connaître des crimes prévus par le Code pénal, le fait que la banqueroute frauduleuse sera dorénavant punie de peines délictuelles, sans modifier les éléments constitutifs de l'infraction, présente certains avantages procéduraux non négligeables.

D'une part, le Parquet pourra dorénavant se baser sur les dispositions de l'article 24-1 du Code d'instruction criminelle pour requérir l'exécution de perquisitions et de saisies au juge d'instruction en vue de mettre sous la main de la justice des objets détournés au préjudice de la masse des créanciers, sans qu'il soit pour autant nécessaire de procéder à l'ouverture d'une instruction préparatoire et à l'inculpation effective des personnes suspectées. Le juge d'instruction pourra également être requis d'émettre des commissions rogatoires internationales pour récupérer de tels objets à l'étranger sans devoir nécessairement procéder à l'instruction intégrale des affaires de banqueroute.

D'autre part, des dirigeants de sociétés qui ne résident pas au Grand-Duché pourront être cités du chef de banqueroute devant une juridiction répressive luxembourgeoise sans avoir été inculpés formellement par un juge d'instruction national dans le cadre d'une information judiciaire, inculpation à laquelle les non-résidents se dérobent le plus souvent pour bloquer toute procédure judiciaire dirigée à leur encontre, un mandat d'arrêt international ou européen constituant le plus souvent des procédures démesurées et partant inadéquates en cette matière.

Il faudra par contre se poser la question s'il n'est pas opportun, en vue de garantir des poursuites plus efficaces des faits de banqueroute, d'étendre le délit qui ne s'applique jusqu'ici d'après le texte de loi qu'aux commerçants faillis, partant aux personnes exerçant personnellement des actes de commerce et en faisant leur profession habituelle, également aux dirigeants de droit et de fait d'une société commerciale, et ainsi aux personnes qui prennent les décisions à l'intérieur des sociétés afin que celles-ci commettent des actes pénalement répréhensibles.



Il est dès lors proposé de formuler l'article 438 du Code de commerce comme suit:

„La faillite est qualifiée banqueroute et punie 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 suivants: ...“

#### **L'article 86 modifiant l'article 578 du Code de commerce**

Il faudrait également revoir le sens et le libellé de l'article 578 du Code de commerce qui n'a été reformulé dans le projet de loi que pour tenir compte de la création d'un seul délit de banqueroute, mais dont la teneur n'est plus conforme aux dispositions actuelles du Code pénal.

En effet, l'article 60 du Code pénal qui y est mentionné a trait au concours réel de délits et ne concerne pas les conditions dans lesquelles une personne pourra être considérée comme complice d'une infraction, celles-ci étant traitées à l'article 67 du Code pénal.

Par ailleurs, on voit difficilement le sens de paraphraser dans le Code de commerce des dispositions pénales univoques de droit commun figurant au Code pénal.

Il est dès lors proposé de faire abstraction de l'article 578 du Code de commerce qui n'apporte aucune plus-value à la législation pénale actuellement en vigueur.

#### **L'article 87 modifiant l'article 489 du Code pénal**

Le Parquet approuve la volonté du législateur de maintenir, en ce qui concerne le délit de banqueroute, toutes les hypothèses qui constituaient jusqu'ici soit une banqueroute frauduleuse, soit une banqueroute simple et de laisser ainsi inchangés les éléments constitutifs de l'infraction qui sera donnée chaque fois qu'une des fautes graves prévues aux chapitres I et II du titre concernant les faillites est établie en cause.

Le soussigné estime par contre que les dispositions proposées à l'article 489 du Code pénal qui tendent à ramener le taux des peines prévues pour les faits qui étaient jusqu'ici qualifiés de banqueroute frauduleuse à celles qui étaient prévues en cas de condamnation du chef de banqueroute simple et de ne prévoir ainsi qu'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans pour tous les cas de banqueroute, s'avèrent inopportunes et ne sont pas justifiées par des considérations de politique pénale cohérente garantissant une répression efficace des délits de nature à porter gravement atteinte aux intérêts légitimes des créanciers préjudiciés par les agissements frauduleux de banqueroutiers.

En effet, les peines qui devaient jusqu'ici être appliquées par les juridictions répressives après la décriminalisation d'un crime de banqueroute frauduleuse, devraient rester inchangées en vue de garder un certain parallélisme notamment avec les maxima des peines d'emprisonnement prévus pour d'autres détournements frauduleux tels que les abus de biens sociaux et les vols. L'abaissement du taux des peines prévu à l'article 489 du Code pénal ne paraît ainsi pas justifié et n'est par ailleurs commenté à aucun endroit de l'exposé des motifs du projet de loi.

En appliquant la législation actuellement en vigueur, les juges correctionnels pouvaient, en cas de condamnation du chef de banqueroute frauduleuse, prononcer en outre une amende à charge d'un prévenu. l'article 77 du Code pénal prévoyant que „les coupables dont la peine criminelle a été commuée en un emprisonnement peuvent être condamnés à une amende de 251 euros à 10.000 euros“.

Il est proposé de maintenir la faculté pour les juges de prononcer une amende et de fixer, à l'instar des dispositions énoncées à l'article 67 du projet de loi, l'amende à pouvoir être prononcée en cas de condamnation du commerçant failli qui se trouve dans l'un des cas de faute grave prévus par le chapitre II du titre II du Code de commerce, à 251 euros à 125.000 euros.

Il est encore difficilement compréhensible pourquoi les juges de fond, en cas de condamnation d'un commerçant du chef d'une faute grave prévue au chapitre I du titre II du Code de commerce devraient prononcer soit une peine d'emprisonnement, soit par application de l'article 20 du Code pénal une amende à charge d'un prévenu et ne pourraient pas cumuler les deux peines, comme tel est le cas pour la plupart des infractions pénales qui prévoient la condamnation de l'auteur qui a commis un délit à une peine d'emprisonnement et à une amende ou à l'une de ces peines seulement.

Reste enfin à poser la question s'il ne serait pas opportun de faire figurer dans l'article 489 du Code pénal les dispositions de l'article 444-1 du Code de commerce où il est prévu que „le tribunal de commerce qui a prononcé la faillite ou, en cas de faillite prononcée à l'étranger, le tribunal de commerce

de Luxembourg, peuvent prononcer à l'encontre de ces personnes l'interdiction d'exercer directement ou par personne interposée une activité commerciale ainsi qu'une fonction d'administrateur, de gérant, de commissaire aux comptes, de réviseur d'entreprises ou toute fonction conférant le pouvoir d'engager une société. L'interdiction est obligatoirement prononcée contre celui qui est condamné pour banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse<sup>4</sup>.

En effet, cette condamnation devrait plutôt être prononcée par le juge pénal qui retient le délit de banqueroute que par le juge qui statue en matière commerciale. Au cas où une telle solution serait envisagée, il faudrait le cas échéant modifier l'article 14, point 7 du Code pénal pour faire figurer cette sanction pénale parmi les peines correctionnelles prévues par la loi.

Le texte de l'article 489 du Code pénal pourrait dès lors être conçu comme suit:

„Ceux qui, dans les cas prévus par le Code de commerce, seront déclarés coupables de banqueroute seront condamnés:

*Lorsque le commerçant failli ou le dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale en faillite se trouve dans l'un des cas de faute grave prévus par le chapitre I du titre II ci-après, à un emprisonnement d'un mois à deux ans et à une amende de 251 euros à 10.000 euros ou à l'une de ces peines.*

*Lorsque le commerçant failli ou le dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale en faillite se trouve dans l'un des cas de faute grave prévus par le chapitre II du titre II ci-après à un emprisonnement de trois mois à cinq ans et à une amende de 251 euros à 125.000 euros ou à l'une de ces peines.*

*Les banqueroutiers pourront, de plus, être condamnés à l'interdiction conformément à l'article 24 ainsi qu'à l'interdiction d'exercer directement ou par personne interposée une activité commerciale ainsi qu'une fonction d'administrateur, de gérant, de commissaire aux comptes, de réviseur d'entreprises ou toute fonction conférant le pouvoir d'engager une société. L'interdiction est obligatoirement prononcée contre celui qui est condamné pour banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse<sup>4</sup>.*

Veillez agréer, Monsieur le Procureur Général d'Etat, l'expression de mes sentiments très distingués.

Diekirch, le 18 mars 2013

*s. le Procureur d'Etat,*  
Aloyse WEIRICH

\*

## **AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE LUXEMBOURG** (14.3.2013)

Le tribunal d'arrondissement a pris connaissance du projet sous rubrique qui lui a été soumis par un courrier de Monsieur le Procureur Général d'Etat du 8 février 2013.

Il s'agit d'un projet ambitieux qui a vocation à modifier la philosophie du droit de la faillite et qui soulève de nombreuses questions d'interprétation et d'application. Il demandera un travail d'analyse et de réflexion approfondi ainsi que des modifications rédactionnelles substantielles pour garantir un minimum de cohérence et de sécurité juridique avant de pouvoir être mis en oeuvre.

Le présent avis examinera en premier lieu les mesures destinées à préserver les entreprises dans le cadre de la réorganisation judiciaire. Ce volet appelle les plus grandes réserves de la part du tribunal, étant donné qu'il affecte, en dehors de la philosophie du droit de la faillite, la conception même de la fonction juridictionnelle et qu'il soulève des questions tenant à la place des chambres commerciales et du magistrat présidant une de ces chambres dans le cadre de l'organisation judiciaire.

Il analysera ensuite la procédure de dissolution administrative sans liquidation. Cette mesure, destinée à éviter ou à alléger l'intervention judiciaire dans la dissolution des coquilles vides, est appuyée en substance par le tribunal. Il s'agira cependant de clarifier, sinon de rectifier, les dispositions procédurales envisagées.

L'avis commentera finalement les modifications du Code de commerce. Le tribunal estime, avec les auteurs du projet, qu'il est nécessaire d'adapter le texte du Code de commerce aux pratiques actuelles. Il suggérera certains changements sur des questions de détail et fera des propositions complémentaires pour faciliter la gestion des procédures collectives.

\*

## **I) LA REORGANISATION JUDICIAIRE DE L'ENTREPRISE**

Le projet prévoit dans son chapitre 4 que la procédure de réorganisation judiciaire a pour but de préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie de l'entreprise en difficulté ou de ses activités.

A noter que le projet prévoit d'appliquer les dispositions de la loi, en dehors des commerçants et sociétés commerciales, aux artisans non commerçants et aux sociétés civiles. Or, le tribunal voit mal en quoi de telles personnes civiles, du moment qu'elles ne posent pas habituellement des actes de commerce, pourraient être amenées à faire appel à une mesure de réorganisation.

Lorsque l'idée du projet a été présentée à certains membres des chambres commerciales du tribunal, ses rédacteurs ont été rendus attentifs aux divergences fondamentales de composition, de mission et de conception des tribunaux de commerce belges dont le projet est inspiré, avec les chambres commerciales du tribunal d'arrondissement luxembourgeois. Le préambule du projet note d'ailleurs que „contrairement aux tribunaux de commerce belges, les chambres commerciales du tribunal d'arrondissement ne sont pas des juridictions comportant des magistrats consulaires. Il est dans ces conditions difficile de donner un rôle suivi de ces procédures aux magistrats qui sont également souvent mal outillés pour apprécier la situation économique sous-jacente.“

S'il paraît évident que les chambres commerciales du tribunal devraient se faire adjoindre des analystes financiers pour apprécier des situations financières complexes de sociétés en difficulté, il faudrait entamer en même temps une réflexion sur le rôle actuel et futur des magistrats des chambres commerciales.

En effet, s'il existait, à l'époque où le Luxembourg faisait partie du Département des Forêts, un tribunal de commerce, tel n'est plus le cas au plus tard depuis l'article 26 de la loi du 18 février 1885 sur l'organisation judiciaire. Le tribunal de commerce continue d'exister dans certains textes anciens non abrogés et dans l'esprit du public, de même que dans le langage courant. Actuellement, l'article 29 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'Organisation judiciaire dispose que „les tribunaux d'arrondissement de Luxembourg et de Diekirch exercent la juridiction commerciale dans leurs ressorts respectifs“.

Or, le texte proposé soulève de nouveau la question de la place et de la fonction des juridictions commerciales. Il n'est évidemment pas question de créer une juridiction consulaire mais il faut se demander s'il ne serait pas opportun de consacrer la spécificité des chambres commerciales du tribunal d'arrondissement en inscrivant dans l'organisation judiciaire le tribunal de commerce qui existe déjà virtuellement.

Le tribunal voudrait à ce propos attirer l'attention sur le fait que les trois chambres commerciales du tribunal d'arrondissement de Luxembourg (2e, 6e et 15e chambres) interviennent dans les procédures collectives (faillite, liquidation, gestion contrôlée, concordat préventif de faillite, sursis) mais jugent aussi de nombreuses affaires commerciales ordinaires.

Ainsi, pendant l'année judiciaire 2011-2012, les trois chambres ont prononcé en tout 2.828 décisions en matière de faillite et 1.396 décisions en matière de liquidation (jugements déclaratifs, clôtures, pro deo, autorisations de vendre, oppositions, contestations de créance ...) et elles gèrent également les faillites et liquidations (dont des liquidations de banques) en ce qui concerne le dialogue avec les curateurs et liquidateurs ainsi que la vérification de créances.

Mais elles ont aussi prononcé 548 jugements en matière commerciale (assignations selon la procédure commerciale et selon la procédure civile), notamment dans des litiges très complexes (responsabilité bancaire; suites directes ou indirectes de la crise bancaire et de l'escroquerie Madoff) et/ou importants (enjeux pouvant atteindre plusieurs milliards d'Euros).

Chacun des quatre juges des trois chambres commerciales doit donc être à la fois gestionnaire des faillites ou liquidations dans lesquelles il est juge-commissaire (courrier et téléphone avec les curateurs, décisions quotidiennes) juge dans toutes les procédures collectives et juge spécialisé dans le contentieux

commercial et financier. A noter d'ailleurs que la fonction de juge-commissaire est liée à une responsabilité et disponibilité importantes pour lesquelles les juges des chambres commerciales ne sont pas honorés et qu'il apparaît urgent et impératif que les juges-commissaires (ou juges délégués dans les procédures prévues) profitent dorénavant d'une rétribution plus adéquate.

Même si les magistrats concernés ont cette lourde charge de travail, toutes les décisions que les juridictions commerciales sont amenées à prendre dans leurs fonctions actuelles reposent toutefois sur des considérations strictement juridiques. Or, il est à craindre que le projet n'entende faire du juge du droit, soit le juge de l'opportunité économique, soit le simple enregistreur du sursis que le nouveau texte prévoit d'allouer dorénavant automatiquement à la société en difficulté qui en fait la demande. Il faudra dès lors s'interroger sur l'étendue de la mission juridictionnelle du juge dans les procédures proposées et le tribunal se pose de nombreuses questions sur son futur rôle „d'accompagner le commerçant pour parvenir à un accord négocié avec ses débiteurs“ (commentaire du projet p. 9, on suppose que les auteurs ont voulu parler des créanciers) ou d'accorder automatiquement un sursis.

Le projet ne demande pas seulement une réflexion sur le rôle des chambres commerciales du tribunal (voire des chambres civiles si le projet est maintenu pour les personnes civiles) mais aussi du président de la chambre commerciale (le texte utilise la notion de „magistrat présidant la chambre du tribunal“ qui n'est pas défini dans l'article 1 du projet et qui ne donne pas de sens, voir p. ex. l'article 14 proposé).

Or, on peut constater qu'au fil des années, et dans plusieurs textes, le législateur luxembourgeois a remplacé le terme „président du tribunal de commerce“ par l'expression „magistrat présidant la chambre commerciale du tribunal“ lorsqu'il a transposé en droit luxembourgeois des textes étrangers qui allouent au président du tribunal de commerce (français ou belge) certains pouvoirs.

Actuellement, le magistrat qui préside la deuxième chambre du tribunal est considéré comme présidant la chambre commerciale du tribunal. Il intervient en tant que président virtuel du tribunal de commerce notamment dans les procédures suivantes:

Saisie-conservatoire, concurrence déloyale, fusion de sociétés, désignation d'un réviseur indépendant, registre de commerce etc.

Pendant l'année judiciaire 2011-2012 le président (ou le magistrat qui le remplace) a tenu 39 audiences dans diverses matières réservées et a rendu une trentaine de décisions.

Toutefois, ce magistrat ne figure pas du tout dans l'organisation judiciaire. Il fait simplement partie intégrante de la deuxième chambre du tribunal. Son rôle et son statut ne sont définis nulle part, si ce n'est dans les textes spéciaux précités qui lui attribuent certaines compétences. S'il est prévu d'étendre ou de multiplier ses pouvoirs, il faudra, dans le cadre de la réflexion plus générale sur la composition des chambres commerciales et du rôle particulier du tribunal de commerce dans l'organisation judiciaire, désigner un président à part entière pour cette juridiction.

A noter par ailleurs que le magistrat présidant la chambre (commerciale) du tribunal ne saurait en aucun cas devenir le juge de l'appel ou de l'opposition d'une décision du tribunal en matière de réorganisation judiciaire (voir l'article 23 (2) du projet).

Finalement, le projet continue de semer la confusion dans les procédures en faisant référence à des procédures dites „comme en matière de référé“ ou „selon la procédure du référé“ ou „selon les formes du référé“ à propos desquelles la Cour de Cassation française, de même que la Cour d'appel luxembourgeoise ont à plusieurs fois souligné l'ambiguïté. Le tribunal renvoie à ce propos à un arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg du 19 janvier 2011 (numéro de rôle 36238) qui a souligné que les textes en questions confèrent compétence au président du tribunal (en l'occurrence „au magistrat présidant la chambre“) pour connaître de la demande, sans se prononcer quant à la qualité en laquelle le président intervient, ni quant à la procédure selon laquelle il est à saisir. On ne sait donc pas si le président rend une décision provisoire qui ne tranche pas le fond du droit (référé) ou s'il statue seul mais rend une décision qui est définitive sur le fond.

Le tribunal voudrait finalement attirer l'attention des rédacteurs du projet sur les missions complémentaires qu'il est prévu d'attribuer au greffe (notifications, photocopies!). La gestion des dossiers de faillite demande une organisation et une disponibilité permanentes. Les mesures de sursis avec les multiples délais que le tribunal serait désormais amené à gérer rajoutent à cette tâche. Il ne faut pas non plus oublier que le système des notifications impose une charge de travail considérable de même qu'il soulève de multiples problèmes concernant la régularité des procédures.

Le tribunal se permet de soumettre aux auteurs du projet les commentaires d'articles suivants:

## Chapitre 1er – Dispositions générales

**Art. 1.** Pour l'application du présent titre, on entend par:

- a) „Comité de conjoncture“: le Comité de conjoncture visé à l'article 511-4 du Code du travail et institué par le règlement grand-ducal modifié du 30 novembre 2007 portant institution d'un Comité de conjoncture;
- b) „Cellule d'évaluation des entreprises en difficultés (CEvED)“: la commission interministérielle constituée en application de l'article 8 de la présente loi;
- c) „créances sursitaires“: les créances nées avant le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ou nées du dépôt de la requête ou des décisions prises dans le cadre de la procédure;
- d) „créances sursitaires extraordinaires“: les créances sursitaires garanties par un privilège spécial ou une hypothèque, les créances des créanciers-propriétaires ainsi que les créances sursitaires des administrations fiscales et de la sécurité sociale;
- e) „créances sursitaires ordinaires“: les créances sursitaires autres que les créances sursitaires extraordinaires;
- f) „créancier-propriétaire“: la personne dans le chef de laquelle sont réunis simultanément les qualités de titulaire d'une créance sursitaire et de propriétaire d'un bien meuble corporel qui n'est pas en sa possession et qui fait office de garantie;
- g) „créancier sursitaire ordinaire“: la personne qui est titulaire d'une créance sursitaire ordinaire;
- h) „créancier sursitaire extraordinaire“: la personne qui est titulaire d'une créance sursitaire extraordinaire;
- i) „établissement principal“: le centre des intérêts principaux de la personne physique;
- j) „ouverture de la procédure“: le jugement déclarant ouverte la procédure de réorganisation;
- k) „plan de réorganisation“: le plan établi par le débiteur au cours du sursis, visé à l'article 42;
- l) „secrétariat du Comité de conjoncture“: le secrétariat visé à l'article 4 du règlement grand-ducal du 30 novembre 2007 portant institution d'un Comité de conjoncture;
- m) „sursis“: un moratoire accordé par le tribunal au débiteur en vue de réaliser l'un des objectifs visés à l'article 12;
- n) „tribunal“: le tribunal d'arrondissement territorialement compétent, siégeant en matière commerciale dans le cas des commerçants visés à l'article 1er du Code de commerce ou siégeant en matière civile dans le cas des artisans et des sociétés civiles.

*Commentaire:*

L'article ne définit pas le „magistrat présidant la chambre du tribunal“ ni le „juge-délégué“.

### Section 3. – Mesures conservatoires

**Art. 9.** Lorsque le débiteur le demande, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie peut désigner sur proposition du secrétariat du comité de conjoncture un conciliateur d'entreprise, en vue de faciliter la réorganisation de l'entreprise.

La demande de désignation d'un conciliateur d'entreprise n'est soumise à aucune règle de forme et peut être formulée oralement.

Le ministre, en accédant à la demande du débiteur, arrête l'étendue et la durée de la mission du conciliateur d'entreprise dans les limites de la demande du débiteur.

Le conciliateur d'entreprise est choisi parmi les experts assermentés désignés en tant que conciliateurs d'entreprise en application de la loi du 7 juillet 1971 portant en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés et complétant les dispositions légales relatives à l'assermentation des experts, traducteurs et interprètes.

La mission du conciliateur d'entreprise prend fin lorsque le débiteur ou le conciliateur d'entreprise le décident. La partie la plus diligente informe le secrétariat du Comité de conjoncture que la mission a pris fin.

**Art. 10.** Lorsque des manquements graves et caractérisés du débiteur ou de ses organes menacent la continuité de l'entreprise en difficulté et que la mesure sollicitée est de nature à préserver cette continuité, le magistrat présidant la chambre du tribunal, saisi par tout intéressé selon les formes du référé, peut désigner à cet effet un ou plusieurs mandataires de justice choisis 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. L'ordonnance qui désigne le mandataire de justice détermine de manière précise l'étendue et la durée de la mission de celui-ci.

*Commentaire:*

Cet article pose la question du rôle du juge et de l'opportunité de son immixtion dans la gestion de l'entreprise en dehors d'un dysfonctionnement des organes de la société, seuls cas jusqu'à présent admis par la jurisprudence.

Que faut-il entendre par „tout intéressé“?

Le recours à des avocats est-il exclu?

### **Chapitre 3. – La réorganisation extra-judiciaire par accord amiable**

**Art. 11.** Le débiteur peut proposer à tous ses créanciers ou à deux ou plusieurs d'entre eux un accord amiable en vue de l'assainissement de sa situation financière ou de la réorganisation de son entreprise.

Les parties conviennent librement de la teneur de cet accord, qui n'oblige pas les tiers.

Les parties à l'accord restent tenues par celui-ci aussi longtemps qu'il n'y est pas mis fin conformément au droit commun des contrats.

Les articles 445, 2° et 446 du Code de commerce ne sont applicables ni à l'accord amiable, ni aux actes accomplis en exécution de cet accord, si celui-ci énonce qu'il est conclu dans le but visé à l'alinéa 1er et est déposé au secrétariat du Comité de conjoncture et y mentionné dans un registre.

Les tiers ne peuvent prendre connaissance de l'accord et être informés de son dépôt qu'avec l'assentiment exprès du débiteur. La présente disposition laisse entière les obligations de consulter et d'informer les salariés ou leurs représentants conformément aux dispositions légales ou conventionnelles en vigueur.

*Commentaire:*

Le tribunal pourra-t-il vérifier a posteriori que l'accord a effectivement eu pour but l'assainissement de l'entreprise?

### **Chapitre 4. – La réorganisation judiciaire**

#### *Section 1. – Dispositions générales*

##### *Sous-section 1. – Objectifs de la procédure*

**Art. 12.** La procédure de réorganisation judiciaire a pour but de préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie de l'entreprise en difficulté ou de ses activités.

Elle permet d'accorder un sursis au débiteur en vue:

- soit de permettre la conclusion d'un accord amiable extra-judiciaire, dans les conditions de l'article 38;
- soit d'obtenir l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation, conformément aux articles 39 à 53;
- soit de permettre le transfert sous autorité de justice, à un ou plusieurs tiers, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités, conformément aux articles 54 à 65.

La demande peut poursuivre un objectif propre pour chaque activité ou partie d'activité.



Sous-section 2. – La requête en réorganisation judiciaire  
et la procédure subséquente

**Art. 13.** (1) Le débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire adresse une requête au tribunal.

(2) Il joint à sa requête:

- 1° un exposé des faits sur lesquels est fondée sa demande et dont il ressort qu'à son estime, la continuité de son entreprise est menacée à bref délai ou à terme;
- 2° l'indication de l'objectif ou des objectifs pour lesquels il sollicite l'ouverture de la procédure de réorganisation;
- 3° les deux derniers comptes annuels si ceux-ci n'ont pas encore été déposés en application de l'article 75 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises;
- 4° une situation comptable de son actif et de son passif et un compte de résultats ne datant pas de plus de trois mois. Les petites sociétés visées à l'article 35 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises communiquent leur compte de résultats selon le schéma complet;
- 5° une prévision d'encaissements pour la durée demandée du sursis au moins;
- 6° une liste complète des créanciers sursitaires reconnus ou se prétendant tels, avec mention de leur nom, de leur adresse et du montant de leur créance et avec mention spécifique de la qualité de créancier sursitaire extraordinaire;
- 7° s'il est en mesure de les formuler, les mesures et propositions qu'il envisage pour rétablir la rentabilité et la solvabilité de son entreprise, pour mettre en oeuvre un éventuel plan social et pour satisfaire les créanciers;
- 8° l'indication que le débiteur a satisfait aux obligations légales et conventionnelles d'information et de consultation des salariés ou de leurs représentants;
- 9° une copie du rapport établi en application de l'article 7 paragraphe 3;
- 10° toutes autres pièces que le débiteur juge utiles pour étayer la demande.

(3) La requête est signée par le débiteur ou par son avocat. Elle est déposée au greffe du tribunal, avec les pièces visées au paragraphe (2). Le greffier en délivre un accusé de réception.

Dans les vingt-quatre heures du dépôt de la requête, le greffier en avise le Ministère public, qui pourra assister à toutes les opérations de la procédure.

(4) S'il n'est pas à même de joindre à sa requête les documents visés au paragraphe 2, 4° à 9°, le débiteur les dépose au dossier de la réorganisation judiciaire dans les quatorze jours du dépôt de sa requête.

*Commentaire:*

Le délai de 24 heures semble extrêmement court.

**Art. 14.** Dans tous les cas, le magistrat présidant la chambre du tribunal désigne dès le dépôt de la requête, un juge délégué pour faire rapport au tribunal saisi de l'affaire sur la recevabilité et le fondement de la demande et sur tout élément utile à son appréciation.

Le tribunal désigne un juge délégué dans le cas visé à l'article 54 paragraphe 2, avec la mission que cet article précise.

Le juge délégué entend le débiteur et toute autre personne dont il estime l'audition utile à son enquête. Il peut demander auprès du débiteur toute information requise pour apprécier sa situation.

*Commentaire:*

Ad alinéa 2):

Le lien avec l'article 54 n'est pas établi.

Ad alinéa 3):

La convocation du débiteur, la procédure à appliquer ainsi que l'opportunité de procéder à ce stade de la procédure à l'audition préalablement à toute audience ne sont pas précisées.

L'impartialité du juge délégué risque d'être remise en cause par la suite.

**Art. 15.** Le juge délégué veille au respect des dispositions du titre 1er de la présente loi et informe le tribunal de l'évolution de la situation du débiteur.

Il prête particulièrement attention aux formalités prévues aux articles 13, 21 paragraphe 2, 39 et 41 paragraphe 6.

Sauf application de l'article 40 du règlement 1346/2000/(CE) du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, il peut dispenser le débiteur de toute notification individuelle et précise dans ce cas, par ordonnance, quelle mesure équivalente de publicité est requise.

*Commentaire:*

L'article ne précise pas l'application de quelles dispositions exactes le juge délégué devrait contrôler. Sur base de quelles informations pourrait-il évaluer l'évolution de la situation du débiteur dans un laps de temps si bref.

**Art. 16.** Au greffe est tenu un dossier de la réorganisation judiciaire où figurent tous les éléments relatifs à cette procédure et au fond de l'affaire.

Tout créancier et, sur autorisation du juge délégué, toute personne pouvant justifier d'un intérêt légitime peut prendre gratuitement connaissance du dossier et en obtenir copie moyennant paiement des droits de greffe, si une copie sur support matériel est délivrée.

Le dépôt d'un titre par le créancier au dossier de la réorganisation judiciaire interrompt la prescription de la créance. Il vaut également mise en demeure.

Le juge délégué peut toutefois décider que le dossier sera accessible en tout ou en partie à distance, par voie électronique, selon les modalités et aux conditions qu'il détermine.

*Commentaire:*

Le greffe n'a pas le temps de faire ces copies eu égard aux nombreuses tâches qui lui incombent déjà. On peut en outre se demander qui définit les droits de greffe et qui est compétent pour les encaisser.

La question se pose de l'opportunité de divulguer dans le public, avant toute décision, toutes les informations contenues au dossier?

L'alinéa 3 n'a pas sa place dans la suite des deux premiers alinéas. Comment le débiteur est-il informé du dépôt?

**Art. 17.** Lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention, par le requérant ou un tiers, d'un document contenant la preuve de ce que sont réunies les conditions pour obtenir l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire ou d'autres décisions susceptibles d'être prises au cours de la procédure ou par application de l'article 54 paragraphe 2, le tribunal peut ordonner, à la demande de tout intéressé, que ce document ou une copie de celui-ci soit joint au dossier de la réorganisation.

Le tribunal décide selon les modalités prévues aux articles 284 à 288 du Nouveau Code de procédure civile.

*Commentaire:*

Cet article qui est plus restrictif que le droit commun relatif à la production forcée de pièces n'est d'aucune utilité surtout qu'il renvoie expressément au droit commun.

**Art. 18.** Tant que le tribunal n'a pas statué sur la requête en réorganisation judiciaire, que l'action ait été introduite ou la voie d'exécution entamée avant ou après le dépôt de la requête:

- le débiteur ne peut être déclaré en faillite et, dans le cas d'une société, celle-ci ne peut non plus être dissoute judiciairement;

- aucune réalisation de biens meubles ou immeubles du débiteur ne peut intervenir à la suite de l'exercice d'une voie d'exécution.

#### Sous-section 3. – Conditions d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire

**Art. 19.** La procédure de réorganisation judiciaire est ouverte dès que la continuité de l'entreprise est menacée, à bref délai ou à terme, et qu'a été déposée la requête visée à l'article 13 paragraphe 1er.

L'absence des pièces visées à l'article 13 paragraphe 2, ne fait pas obstacle à l'application de l'article 54 paragraphe 2.

Lorsque le débiteur est une personne morale, la continuité de son entreprise est en tout cas présumée être menacée si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social.

Si la demande émane d'un débiteur qui a déjà sollicité et obtenu l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire moins de trois ans plus tôt, la procédure de réorganisation judiciaire ne peut être ouverte qu'au cas où elle tend au transfert, sous autorité de justice, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités.

L'état de faillite du débiteur ne fait pas obstacle en soi à l'ouverture ou à la poursuite de la procédure de réorganisation judiciaire.

*Commentaire:*

Ad alinéa 5):

Il faudrait préciser que les *conditions* de la faillite soient remplies dans le chef du demandeur alors que les termes „état de faillite“ risquent d'introduire une confusion avec un débiteur dont la faillite est déjà prononcée.

#### Sous-section 4. – Le jugement sur la requête en réorganisation judiciaire et ses suites

**Art. 20.** (1) Le tribunal procède à l'examen de la requête en réorganisation judiciaire dans les dix jours de son dépôt au greffe.

Sauf s'il a renoncé à cette convocation, le débiteur est convoqué par le greffier au plus tard trois jours avant l'audience.

Le débiteur est entendu en chambre du conseil, sauf s'il a expressément manifesté sa volonté d'être entendu en audience publique.

Le juge délégué entendu en son rapport, le tribunal statue par jugement dans les huit jours de l'examen de la demande.

(2) Si les conditions visées à l'article 19 paraissent remplies, le tribunal déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire et fixe la durée du sursis visé à l'article 12, qui ne peut être supérieure à six mois; à défaut, le tribunal rejette la demande.

(3) Lorsque la procédure de réorganisation judiciaire a pour objectif d'obtenir l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation, le tribunal désigne, dans le jugement par lequel il déclare ouverte cette procédure, ou dans un jugement ultérieur, les lieu, jour et heure où, sauf prorogation du sursis, aura lieu l'audience à laquelle il sera procédé au vote sur ce plan et statué sur l'homologation.

*Commentaire:*

Le fait que le débiteur ait 14 jours pour déposer toutes les pièces alors que le tribunal est contraint de statuer dans les dix jours du dépôt de la requête, implique que certaines pièces sur lesquelles le tribunal pourrait baser sa décision ne feront pas l'objet d'un débat contradictoire.

Il faudrait dès lors revoir les délais en conséquence.

Le délai de convocation est trop court.

Le tribunal ne voit pas l'intérêt de l'alinéa 3 du paragraphe (1).

**Art. 21.** (1) Le jugement qui déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire est, à la diligence du greffier et dans les cinq jours de sa date, publié par extrait au Mémorial C.

L'extrait mentionne:

- 1° s'il s'agit d'une personne physique, les nom, prénoms, lieu et date de naissance, la nature de l'activité commerciale principale ainsi que la dénomination sous laquelle cette activité est exercée, l'adresse ainsi que le lieu de l'établissement principal et le numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés; s'il s'agit d'une personne morale, la dénomination, la forme, la nature de l'activité exercée ainsi que la dénomination sous laquelle cette activité est exercée, le siège social ainsi que le lieu de l'établissement principal et le numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés;
- 2° la date du jugement qui déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire et le tribunal qui l'a rendu;
- 3° les nom et prénoms du juge délégué ainsi que, le cas échéant, ceux des mandataires de justice désignés en vertu des articles 23 et 24, avec leur adresse;
- 4° l'échéance du sursis et, le cas échéant, les lieux, jour et heure fixés pour statuer au sujet d'une prorogation de celui-ci;
- 5° le cas échéant et si le tribunal peut déjà les déterminer, les lieux, jour et heure fixés pour le vote et la décision sur le plan de réorganisation.

(2) Le débiteur avise les créanciers individuellement de ces données dans les quatorze jours du prononcé du jugement.

(3) Le jugement qui rejette la demande est notifié au requérant par voie de greffe.

*Commentaire:*

Cet article consacre une extension sensible de la mission du greffe.

**Art. 22.** (1) Lorsque le débiteur en fait la demande et, lorsqu'une telle désignation est utile pour atteindre les fins de la procédure de réorganisation judiciaire, le tribunal peut par la même décision ou à tout autre moment de la procédure, nommer un mandataire de justice 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 pour assister le débiteur dans sa réorganisation judiciaire, auquel cas le tribunal fixe la mission sur la base de la demande du débiteur.

(2) Une même demande peut être faite par un tiers qui y a un intérêt. La demande est introduite par une requête notifiée par les soins du greffier au débiteur. La requête précise la mission proposée par le requérant et prévoit que le requérant paie les frais et honoraires du mandataire de justice.

(3) Les notifications adressées au débiteur par le greffier sont communiquées en copie à ce mandataire.

A chaque fois que l'audition du débiteur est prescrite, le mandataire est entendu en ses observations éventuelles.

*Commentaire:*

Le recours à des avocats est-il exclu?

De nouveau cet article entraîne une extension de la mission du greffe.

Une consignation des frais par le tiers est-elle nécessaire?

**Art. 23.** (1) En cas de faute grave et caractérisée ou de mauvaise foi manifeste du débiteur ou d'un de ses organes, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé ou du ministère public et dans le jugement qui ouvre la procédure de réorganisation judiciaire ou dans un jugement ultérieur, le débiteur entendu et le juge délégué entendu dans son rapport, leur substituer pour la durée du sursis un administrateur provisoire chargé d'administrer l'entreprise de la personne physique ou de la personne morale.

A tout moment pendant la période de sursis, le tribunal, saisi de la même manière et après avoir entendu le débiteur en ses dires, le juge délégué en son rapport, et l'administrateur provisoire, peut retirer la décision prise par application du premier alinéa ou du présent alinéa, ou modifier les pouvoirs de l'administrateur provisoire.

Ces décisions sont publiées conformément à l'article 22 paragraphe 1er et notifiées conformément à l'article 22 paragraphe 3.

(2) Les jugements rendus par application du paragraphe 1er ne sont pas susceptibles d'opposition.

Le recours est formé devant le magistrat présidant la chambre du tribunal dans un délai de huit jours suivant la notification du jugement.

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 procureur d'Etat et au procureur général d'Etat.

Le droit d'exercer les voies de recours appartient aussi au Ministère Public.

*Commentaire:*

Le texte ne précise pas quelle est la forme que doit revêtir cette demande. Le tiers intéressé doit-il procéder par requête notifiée au débiteur ou par assignation?

Que faut-il entendre par „tout intéressé“?

La substitution du débiteur ou de ses organes a-t-elle pour effet de dessaisir ce dernier de la gestion de ses affaires? Dans cette hypothèse une publication au Mémorial n'est pas suffisante pour assurer l'opposabilité aux tiers de cette mesure et pour préserver les droits des créanciers.

Les dispositions relatives aux recours contre ce jugement sont très mal formulées.

Si l'opposition est exclue, quel est le recours qui peut être formé devant le magistrat président la chambre qui a rendu le jugement? La tierce opposition?

Par ailleurs le président de la chambre ayant rendu le jugement ne peut connaître d'un recours contre une décision rendue par sa composition!

Aucun délai n'est précisé, et il est surprenant que le texte se réfère à la procédure de référé plutôt qu'aux délais applicables en matière de faillite.

**Art. 24.** Le jugement statuant sur la demande d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire n'est pas susceptible d'opposition.

Le recours est formé devant le magistrat présidant la chambre du tribunal dans un délai de huit jours suivant la notification du jugement.

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 procureur d'Etat et au procureur général d'Etat.

Le droit d'exercer les voies de recours appartient aussi au Ministère Public.

Si le jugement rejette la demande, l'appel est suspensif.

*Commentaire:*

Cet article appelle les mêmes commentaires que l'article 23 en ce qui concerne les voies de recours.

Sous-section 5. – Effets de la décision de réorganisation

**Art. 25.** Aucune voie d'exécution des créances sursitaires ne peut être poursuivie ou exercée sur les biens meubles ou immeubles du débiteur au cours du sursis.

Pendant la même période, le débiteur qui a la qualité de commerçant ne peut pas être déclaré en faillite et dans le cas d'une société celle-ci ne peut pas être dissoute judiciairement.



**Art. 26.** Aucune saisie ne peut être pratiquée du chef des créances sursitaires au cours du sursis. Les saisies déjà pratiquées antérieurement conservent leur caractère conservatoire, mais le tribunal peut, selon les circonstances et dans la mesure où cette mainlevée n'impose pas un préjudice significatif au créancier, en accorder mainlevée après avoir entendu le juge délégué en son rapport, ainsi que le créancier et le débiteur.

*Commentaire:*

Si le maintien des saisies antérieurement ordonnées est le principe, n'y aurait-il pas lieu de définir plus précisément les circonstances qui autorisent la mainlevée, à savoir le caractère indispensable de la mainlevée pour la poursuite de l'activité?

Le créancier dispose-t-il d'un recours contre la décision de mainlevée?

**Art. 27.** Le sursis n'affecte pas le sort des créances spécifiquement gagées au profit de tiers.

*Commentaire:*

Le tribunal s'interroge sur la signification des termes „n'affecte pas le sort“.

Ces créances ne sont-elles pas touchées par le sursis et restent-elles exigibles?

**Art. 28.** Le sursis ne fait pas obstacle au paiement volontaire de créances sursitaires par le débiteur. Le sursis ne profite pas aux codébiteurs ni aux débiteurs de sûretés personnelles.

L'action directe instituée par l'article 1798 du Code civil n'est pas entravée par le jugement qui a déclaré ouverte la réorganisation judiciaire de l'entrepreneur, ni par les décisions prises par le tribunal au cours de celle-ci ou prises par application de l'article 54 paragraphe 2.

Les articles 445, 2° et 446 du Code de commerce ne sont pas applicables aux paiements faits au cours de la période de sursis.

*Commentaire:*

La possibilité donnée au débiteur de payer volontairement certains créanciers n'est-elle subordonnée à aucune condition? N'y aurait-il pas lieu de préciser que ce paiement doit être indispensable pour assurer la continuité de l'activité?

Sinon le principe de l'égalité des créanciers est sérieusement battu en brèche surtout au vu du dernier alinéa de l'article 28 qui écarte l'application des articles 445 et 446 du code de commerce. Dans la formulation actuelle du texte, le risque d'abus semble manifeste!

Dans un souci de logique, le dernier alinéa de l'article devrait devenir l'alinéa 2.

**Art. 29.** Sans préjudice de l'application de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, la compensation n'est permise au cours du sursis entre créances sursitaires et créances nées au cours du sursis que si ces créances sont connexes.

**Art. 30.** (1) Nonobstant toutes stipulations contractuelles contraires, la demande ou l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne met pas fin aux contrats en cours ni aux modalités de leur exécution.

Le manquement contractuel commis par le débiteur avant que le sursis ne soit accordé ne peut fonder le créancier à mettre fin au contrat lorsque le débiteur met fin à son manquement dans un délai de quinze jours après qu'il a été mis en demeure à cette fin par le créancier sursitaire.

(2) Le débiteur peut cependant, même en l'absence de disposition contractuelle en ce sens, décider de ne plus exécuter un contrat en cours pendant la durée du sursis, en notifiant cette décision à ses cocontractants conformément à l'article 22 paragraphe 2, à la condition que cette non-exécution soit nécessaire pour pouvoir proposer un plan de réorganisation aux créanciers ou rendre le transfert sous autorité judiciaire possible.

Lorsque le débiteur décide de ne plus exécuter un contrat en cours, les dommages-intérêts auxquels son contractant peut prétendre sont une créance sursitaire.

La possibilité prévue par cet article ne s'applique pas aux contrats de travail.

(3) Les clauses pénales, en ce compris les clauses de majoration du taux d'intérêt, visant à couvrir de façon forfaitaire les dommages potentiels subis par suite du non-respect de l'engagement principal, restent sans effet au cours de la période de sursis et jusqu'à l'exécution intégrale du plan de réorganisation en ce qui concerne les créanciers repris dans le plan. Le créancier peut cependant inclure dans sa créance sursitaire le dommage réel subi par suite du non-respect de l'engagement principal, ce qui entraîne par le fait même la renonciation définitive à l'application de la clause pénale, même après l'exécution intégrale du plan de réorganisation.

Il en va de même lorsque le débiteur, étant commerçant, est déclaré en faillite ou lorsque le débiteur, étant une société, est liquidée après la fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire prononcée conformément à l'article 35.

*Commentaire:*

L'alinéa 2 est à reformuler pour éviter la répétition du terme manquement (lorsque le débiteur y met fin).

Aucune limite de temps n'est fixée quant à l'origine de ce manquement. Suffit-il qu'il soit antérieur au sursis?

Si le manquement consiste dans un défaut de paiement, est-ce que dans cette hypothèse le créancier ne peut plus invoquer l'exception d'inexécution?

L'alinéa 3):

La définition d'une clause pénale étant connue, il y a lieu de la supprimer dans le texte.

La signification des termes „restent sans effet“ est incertaine? Faut-il comprendre que les clauses pénales sont suspendues ou interrompues?

La deuxième phrase de l'alinéa 3 est inutile. En droit commun le créancier a toujours le choix entre la clause pénale et son dommage réel.

**Art. 31.** Une créance issue de contrats en cours à prestations successives n'est pas soumise au sursis, en ce compris les intérêts, dans la mesure où elle se rapporte à des prestations effectuées après la déclaration d'ouverture de la procédure.

**Art. 32.** Dans la mesure où) Les créances se rapportant (~~ent~~) à des prestations effectuées à l'égard du débiteur pendant la procédure de réorganisation judiciaire, qu'elles soient issues d'engagements nouveaux du débiteur ou de contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure, (elles) sont considérées comme des dettes de la masse dans une faillite ou liquidation (subséquente) survenue au cours de la période de réorganisation ou à l'expiration de celle-ci, dans la mesure où il y a un lien étroit entre la fin de la procédure de réorganisation et cette procédure collective. (si cette dernière est en lien étroit avec la procédure de réorganisation)

(Le cas échéant,) les indemnités contractuelles, légales ou judiciaires dont le créancier réclame le paiement du fait de la fin du contrat ou de sa non-exécution sont réparties au prorata en fonction de leur lien avec la période antérieure ou postérieure à l'ouverture de la procédure.

Le paiement des créances ne sera toutefois prélevé par priorité sur le produit de la réalisation de biens sur lesquels un droit réel est établi que, dans la mesure où ces prestations ont contribué au maintien de la sûreté ou de la propriété.

*Commentaire:*

Répétition du terme „dans la mesure“. (3x) Voir modifications proposées dans le texte.

Quelle est la signification du terme „lien étroit“? Faut-il y voir une limitation dans le temps?

Les deux derniers alinéas sont incompréhensibles.

#### Sous-section 6. – Prorogation du sursis

**Art. 33.** (1) Sur requête du débiteur et sur le rapport du juge délégué, le tribunal peut proroger le sursis octroyé conformément à l'article 20 paragraphe 2 ou au présent article pour la durée qu'il détermine.

La durée maximale du sursis ainsi prorogé ne peut excéder douze mois à compter du jugement accordant le sursis.

(2) Dans des circonstances exceptionnelles et si les intérêts des créanciers le permettent, ce délai peut cependant être prorogé de maximum six mois.

Peuvent notamment être considérées comme des circonstances exceptionnelles au sens de la présente disposition, la dimension de l'entreprise, la complexité de l'affaire ou l'importance de l'emploi qui peut être sauvegardé.

Les décisions rendues en vertu du présent article ne sont susceptibles ni d'opposition ou d'appel.

*Commentaire:*

L'alinéa 2 du point 1) est en contradiction avec le point 2).

Le fait qu'il n'y ait pas de recours pour les créanciers est difficile à admettre, vu qu'ils peuvent en définitive se voir imposer un sursis de 18 mois!!! (sans compter les délais additionnels au cas où un accord collectif est proposé !!)

#### Sous-section 7.– Modification de l'objectif de la procédure

**Art. 34.** A tout moment pendant le sursis, le débiteur peut demander au tribunal:

- 1° s'il a sollicité la procédure de réorganisation judiciaire ~~en vue d'obtenir sursis~~ en vue de permettre la conclusion d'un accord amiable extra-judiciaire et que celui-ci ne paraît pas réalisable, que la procédure soit poursuivie pour proposer un plan de réorganisation ou pour consentir à un transfert, sous autorité de justice, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités, auquel cas la procédure est poursuivie à cette fin;
- 2° s'il a sollicité la procédure de réorganisation judiciaire pour proposer un plan de réorganisation et que celui-ci ne paraît pas réalisable, qu'il consente au principe d'un transfert, sous autorité de justice, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités, auquel cas la procédure est poursuivie pour assurer ce transfert.

Le jugement qui accède à cette demande est publié et notifié conformément à l'article 21 paragraphes 1er et 3. Le jugement qui rejette la demande est notifié au débiteur.

*Commentaire:*

Les mots „en vue d'obtenir sursis“ sont à rayer comme superflus.

#### Sous-section 8. – Fin anticipée et clôture de la procédure

**Art. 35.** Le débiteur peut, à tout stade de la procédure, renoncer en tout ou en partie à sa demande en réorganisation judiciaire, à charge d'exécuter intégralement ses obligations aux conditions et selon les modalités convenues avec les créanciers que concerne la renonciation, si elle est partielle, ou avec tous ses créanciers, si elle est complète.

Le tribunal, sur requête du débiteur et le juge délégué entendu en son rapport, met fin à la procédure en tout ou en partie par un jugement qui la clôture.

Le jugement est publié conformément aux modalités prévues à l'article 21 paragraphe 1er, et communiqué aux créanciers concernés conformément à l'article 21 paragraphe 2.

*Commentaire:*

Une renonciation partielle à une procédure de réorganisation n'est pas imaginable. Quels en seraient les critères? Se poserait dans ce contexte le problème de l'égalité des créanciers. Que faut-il entendre par communication d'un jugement?

**Art. 36.** (1) Lorsque le débiteur n'est manifestement plus en mesure d'assurer la continuité de tout ou partie de son entreprise ou de ses activités au regard de l'objectif de la procédure, le tribunal peut, à compter du trentième jour du dépôt de la requête et jusqu'au dépôt du plan de réorganisation au dossier de la procédure, ordonner la fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire par un jugement qui la clôture.

Le tribunal statue sur requête du débiteur ou sur citation du ministère public ou de tout intéressé dirigée contre le débiteur, le juge délégué entendu en son rapport.

Le tribunal qui ordonne la fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire peut prononcer par le même jugement la faillite du débiteur ou, s'agissant d'une société, la liquidation judiciaire, lorsque la citation tend également à cette fin et que les conditions en sont réunies.

(2) Si le débiteur n'a pas déposé les pièces visées à l'article 13 paragraphe 2, 1° à 8°, dans les quatorze jours du dépôt de sa requête, le tribunal peut statuer d'office sur la fin de la procédure de réorganisation judiciaire après avoir entendu le débiteur en ses moyens et le juge délégué en son rapport, et, le cas échéant, les salariés ou leurs représentants qui auraient dû être entendus en application des dispositions légales ou conventionnelles relatives à l'obligation d'information et de consultation de ces salariés.

(3) Le jugement est publié conformément aux modalités prévues à l'article 22 paragraphe 1er et notifié par voie de greffe au débiteur.

*Commentaire:*

Que faut-il entendre par citation du Ministère Public? Qui peut être considéré comme „tiers intéressé“?

**Art. 37.** Dès le prononcé du jugement qui ordonne la fin anticipée de la procédure en réorganisation judiciaire ou qui la clôture, le sursis prend fin et les créanciers retrouvent l'exercice intégral de leurs droits et actions.

Il en est de même si le sursis expire sans avoir été prorogé par application des articles 34 ou 55 ou sans que la procédure n'ait été clôturée par application des articles 35 et 36.

#### *Section 2. – Le sursis en vue de la conclusion d'un accord amiable extra-judiciaire*

**Art. 38.** Lorsque la procédure de réorganisation judiciaire tend à l'obtention d'un sursis en vue de la conclusion d'un accord amiable extra-judiciaire avec tous ses créanciers ou avec deux ou plusieurs d'entre eux, le débiteur poursuit cet objectif, le cas échéant, avec l'aide du mandataire de justice désigné par application de l'article 22.

Sur requête du débiteur, le tribunal peut octroyer des délais modérés visés à l'article 1244 du Code civil.

Le jugement accordant le sursis en vue de la conclusion d'un accord amiable extra-judiciaire est publié selon les modalités prévues à l'article 21 paragraphe 1er.

#### *Section 3. – La réorganisation judiciaire par accord collectif*

**Art. 39.** Lorsque la procédure de réorganisation judiciaire a pour objectif d'obtenir l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation, le débiteur dépose un plan au greffe au moins quatorze jours avant l'audience fixée dans le jugement visé à l'article 20 paragraphe 3.

**Art. 40.** Dans le même cas, le débiteur communique à chacun de ses créanciers sursitaires, dans les quatorze jours du prononcé du jugement qui déclare ouverte cette procédure, le montant de la créance pour lequel ce créancier est inscrit dans ses livres, accompagné, dans la mesure du possible, de la mention du bien grevé par une sûreté réelle ou un privilège particulier garantissant cette créance ou du bien dont le créancier est propriétaire.

Cette communication peut se faire simultanément à l'avis prévu à l'article 21 paragraphe 2.

*Commentaire:*

Qui serait censé contrôler l'accomplissement de ces formalités par le débiteur? Un tel contrôle ne serait d'ailleurs pas matériellement possible pour le juge délégué! Or, ces formalités sont le préalable indispensable de l'article 41!

**Art. 41.** (1) Tout créancier sursitaire qui conteste le montant ou la qualité de la créance indiquée par le débiteur et tout autre intéressé qui se prétend créancier peuvent, en cas de désaccord persistant

avec le débiteur, porter la contestation devant le tribunal qui a ouvert la procédure de réorganisation judiciaire.

(2) Toute créance sursitaire portée sur la liste visée à l'article 13 paragraphe 2, 6°, telle que modifiée le cas échéant par application du paragraphe 3, peut être contestée de la même manière par tout intéressé. L'action est dirigée contre le débiteur et le créancier contesté.

Le tribunal statue sur rapport du juge délégué, après avoir entendu le tiers intéressé, le créancier sursitaire contesté et le débiteur.

(3) Si la contestation ne relève pas de sa compétence, le tribunal détermine le montant et la qualité pour lesquels la créance sera provisoirement admise dans les opérations de la réorganisation judiciaire et renvoie les parties devant le tribunal compétent pour qu'il statue sur le fond. Si la contestation relève de sa compétence mais que la décision sur la contestation pourrait ne pas intervenir dans un délai suffisamment bref, le tribunal peut également déterminer ce montant et cette qualité.

(4) Sur le rapport du juge délégué, le tribunal peut à tout moment, en cas d'absolue nécessité et sur requête unilatérale du débiteur ou d'un créancier, modifier la décision déterminant le montant et la qualité de la créance sursitaire sur la base d'éléments nouveaux.

(5) Le jugement qui détermine le montant et la qualité de la créance provisoirement admis n'est pas susceptible de recours.

(6) Le cas échéant, le débiteur corrige ou complète la liste des créanciers visée à l'article 13 paragraphe 2, 6°, et la dépose au greffe au plus tard huit jours avant l'audience prévue à l'article 49. Le greffier porte la liste et les données corrigées ou complétées au dossier de la réorganisation judiciaire.

*Commentaire:*

Ad (1):

Quelle est la signification du terme „persistant“? Comment le tribunal est-il saisi? Dans quel délai la contestation doit-elle intervenir?

Ad (4):

Ce paragraphe est peu précis et contraire à tous les principes précédemment annoncés de même qu'aux principes élémentaires de droit (non-respect du contradictoire; absence de recours).

**Art. 42.** (1) Durant le sursis, le débiteur élabore un plan composé d'une partie descriptive et d'une partie prescriptive. Il joint ce plan au dossier de la réorganisation judiciaire visé à l'article 16.

Le cas échéant, le mandataire de justice désigné par le tribunal par application de l'article 22 assiste le débiteur dans l'élaboration du plan.

(2) La partie descriptive du plan décrit l'état de l'entreprise, les difficultés qu'elle rencontre et les moyens à mettre en oeuvre pour y remédier.

Elle comporte un rapport établi par le débiteur sur les contestations de créances, de nature à éclairer les intéressés sur leur ampleur et leur fondement.

Elle précise la manière dont le débiteur envisage de rétablir la rentabilité de l'entreprise.

La partie prescriptive du plan contient les mesures à prendre pour désintéresser les créanciers sursitaires portés sur la liste visée aux articles 13 paragraphe 2, 6°, et 41.

**Art. 43.** Le plan de réorganisation décrit les droits de toutes les personnes qui sont titulaires

- de créances sursitaires;
  - de créances à naître du fait du vote ou de l'homologation du plan de réorganisation,
- et ce, quelle que soit leur qualité, la sûreté réelle ou personnelle qui les garantit, le privilège spécial ou général dont la créance est assortie, ou le fait que le titulaire ait la qualité de créancier-propriétaire ou une autre qualité.

*Commentaire:*

Quelles créances sont visées lorsqu'il est question de créances à naître du fait du vote ou de l'homologation du plan de réorganisation?

**Art. 44.** Le plan indique les délais de paiement et les abattements de créances sursitaires en capital et intérêts proposés. Il peut prévoir la conversion de créances en actions et le règlement différencié de certaines catégories de créances, notamment en fonction de leur ampleur ou de leur nature. Le plan peut également prévoir une mesure de renonciation aux intérêts ou de rééchelonnement du paiement de ces intérêts, ainsi que l'imputation prioritaire des sommes réalisées sur le montant principal de la créance.

Le plan peut également contenir l'évaluation des conséquences que l'approbation du plan entraînerait pour les créanciers concernés.

Il peut encore prévoir que les créances sursitaires ne pourront être compensées avec des dettes du créancier titulaire postérieures à l'homologation. Une telle proposition ne peut viser des créances connexes ni des créances pouvant être compensées en vertu d'une convention antérieure à l'ouverture de la procédure de réorganisation.

Lorsque la continuité de l'entreprise requiert une réduction de la masse salariale, un volet social du plan de réorganisation est prévu, dans la mesure où un tel plan n'a pas encore été négocié. Le cas échéant, celui-ci peut prévoir des licenciements.

Lors de l'élaboration de ce plan, les représentants du personnel au sein du conseil d'administration ou conseil de surveillance, ou à défaut du comité mixte d'entreprise, ou à défaut, la délégation du personnel, seront entendus.

**Art. 45.** Sans préjudice du paiement des intérêts qui leur sont conventionnellement ou légalement dus sur leurs créances, le plan peut prévoir le sursis de l'exercice des droits existants des créanciers sursitaires extraordinaires pour une durée n'excédant pas vingt-quatre mois à dater du dépôt de la requête.

Dans les mêmes conditions, le plan peut prévoir une prorogation extraordinaire de ce sursis pour une durée ne dépassant pas douze mois. Dans ce cas, le plan prévoit qu'à l'échéance du premier délai de sursis, le débiteur soumettra au tribunal, son créancier entendu, la preuve que la situation financière et les recettes prévisibles de l'entreprise le mettront, selon les prévisions raisonnables, à même, à l'expiration de cette période supplémentaire, de rembourser intégralement les créanciers sursitaires extraordinaires concernés, et qu'à défaut d'apporter cette preuve, le débiteur entendra ordonner la fin de ce sursis.

Sauf leur consentement individuel ou accord amiable conclu conformément à l'article 11, dont une copie est jointe au plan lors de son dépôt au greffe, le plan ne peut comporter aucune autre mesure affectant les droits desdits créanciers.

*Commentaire:*

Cet article ouvre la possibilité de différer le paiement des créanciers privilégiés pendant 36 mois!!

**Art. 46.** La cession volontaire de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités peut être prévue au plan de réorganisation.

**Art. 47.** Le délai d'exécution du plan ne peut dépasser cinq ans à compter de son homologation.

**Art. 48.** Dès que le plan est déposé au greffe, les créanciers sursitaires portés sur la liste visée aux articles 13 paragraphe 2, 6°, et 41, reçoivent, par les soins du greffier, une communication indiquant:

- que ce plan est à l'examen et qu'ils peuvent le consulter, sans déplacement, au greffe du tribunal;
- les lieux, jour et heure où aura lieu l'audience à laquelle il sera procédé au vote sur ce plan, et qui se tiendra quatorze jours au moins après cette communication;
- qu'ils pourront faire valoir à l'audience, soit par écrit, soit oralement, leurs observations relatives au plan proposé;



– que seuls les créanciers sursitaires dont le plan affecte les droits peuvent prendre part au vote.

Le juge délégué peut décider que les codébiteurs, les cautions et autres sûretés personnelles recevront également cette communication et qu'ils peuvent, de la même manière, faire valoir leurs observations.

Le débiteur informe les représentants des salariés visés à l'article 44, dernier alinéa, du contenu de ce plan.

**Art. 49.** Au jour indiqué aux créanciers conformément à l'article 21 paragraphe 1er, 5°, et à l'article 48, le tribunal entend le juge délégué en son rapport, ainsi que le débiteur et les créanciers en leurs moyens. Le plan de réorganisation est tenu pour approuvé par les créanciers lorsque le scrutin recueille le vote favorable de la majorité de ceux-ci, représentant par leurs créances non contestées ou provisoirement admises, conformément à l'article 41 paragraphe 3, la moitié de toutes les sommes dues en principal.

Les créanciers peuvent faire parvenir par écrit préalablement à ce jour au greffe du tribunal leur adhésion ou leur opposition au plan de réorganisation.

Les créanciers qui n'ont pas participé au vote et les créances qu'ils détiennent ne sont pas pris en compte pour le calcul des majorités.

**Art. 50.** Dans les quatorze jours de l'audience, et en tout état de cause avant l'échéance du sursis fixée par application des articles 20 paragraphe 2, et 33, le tribunal décide s'il homologue ou non le plan de réorganisation.

L'homologation ne peut être refusée qu'en cas d'inobservation des formalités requises par la présente loi ou pour violation de l'ordre public.

Elle ne peut être subordonnée à aucune condition qui ne soit pas prévue au plan, ni y apporter quelque modification que ce soit.

Sous réserve des contestations découlant de l'exécution du plan, le jugement qui statue sur l'homologation clôture la procédure de réorganisation.

Il est publié par extrait au Mémorial C par les soins du greffier.

*Commentaire:*

Il est à noter que le Tribunal ne dispose d'aucune appréciation.

**Art. 51.** Le jugement statuant sur la demande d'homologation n'est pas susceptible d'opposition.

Le recours est formé devant le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale pour les commerçants et devant le magistrat présidant la chambre du tribunal dans un délai de huit jours suivant la notification du jugement.

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 procureur d'Etat et au procureur général d'Etat.

Le droit d'exercer les voies de recours appartient aussi au Ministère Public.

Si le jugement refuse l'homologation, l'appel est suspensif.

*Commentaire:*

Mêmes observations que sous les articles 23 et 24 pour les voies de recours!!!

**Art. 52.** L'homologation du plan de réorganisation le rend contraignant pour tous les créanciers sursitaires.

Les créances sursitaires contestées, mais reconnues judiciairement après l'homologation, sont payées conformément aux modalités prévues pour les créances de même nature. En aucun cas, l'exécution du plan de réorganisation ne peut être totalement ou partiellement suspendue du fait des décisions rendues sur les contestations.

Les créances sursitaires qui n'ont pas été portées dans la liste visée à l'article 13 paragraphe 2, 6°, modifiée, le cas échéant, par application de l'article 41, et qui n'ont pas donné lieu à contestation,

sont payées après l'exécution intégrale du plan conformément aux modalités prévues pour les créances de même nature. Si le créancier n'a pas été informé dûment au cours du sursis, il sera payé selon les modalités et dans la mesure prévue par le plan homologué pour des créances similaires.

A moins que le plan n'en dispose autrement de manière expresse, l'exécution complète de celui-ci libère totalement et définitivement le débiteur pour toutes les créances y figurant.

Le plan ne profite pas aux codébiteurs ni aux personnes ayant constitué des sûretés personnelles.

**Art. 53.** Tout créancier peut, par citation du débiteur, demander la révocation du plan de réorganisation lorsqu'il n'est pas ponctuellement exécuté, ou lorsqu'il démontre qu'il ne pourra pas en être autrement et qu'il en subira un préjudice.

Le ministère public peut demander la révocation de la même manière lorsqu'il constate l'inexécution de la totalité ou d'une partie du plan.

Le tribunal statue sur rapport du juge délégué, le débiteur entendu. Le jugement portant révocation du plan est publié par extrait au Mémorial C par les soins du greffier. Le débiteur communique la teneur de cet extrait à l'ensemble de ses créanciers.

La révocation du plan de réorganisation le prive de tout effet, sauf pour ce qui concerne les paiements et les opérations déjà effectués, et notamment la cession déjà intervenue de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités.

#### *Section 4. – Réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice*

**Art. 54.** (1) Le transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités peut être ordonné par le tribunal en vue d'assurer leur maintien lorsque le débiteur y consent dans sa requête en réorganisation judiciaire ou ultérieurement au cours de la procédure.

Si le débiteur consent au transfert sous autorité de justice au cours de la procédure, les représentants des salariés au sein du conseil d'administration ou conseil de surveillance, ou à défaut du comité mixte d'entreprise, ou à défaut de la délégation compétente du personnel, seront entendus.

(2) Le même transfert peut être ordonné sur citation du procureur d'Etat ou assignation d'un créancier ou de toute personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise:

- 1° lorsque le débiteur est en état de faillite sans avoir demandé l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire;
- 2° lorsque le tribunal rejette la demande d'ouverture de la procédure par application de l'article 19, en ordonne la fin anticipée par application de l'article 36 ou révoque le plan de réorganisation par application de l'article 53;
- 3° lorsque les créanciers n'approuvent pas le plan de réorganisation en application de l'article 49;
- 4° lorsque le tribunal refuse l'homologation du plan de réorganisation en application de l'article 50.

La demande de transfert peut être faite dans la citation ou assignation tendant à mettre fin de manière anticipée à la procédure de réorganisation ou à révoquer le plan de réorganisation, ou dans un exploit distinct dirigé contre le débiteur.

(3) Lorsqu'il ordonne le transfert par le même jugement que celui qui rejette la demande d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, en ordonne la fin anticipée, révoque le plan de réorganisation, ou refuse l'homologation, le tribunal statue sur le rapport du juge délégué et le charge de lui faire rapport sur l'exécution du transfert.

Lorsqu'il ordonne le transfert par un autre jugement que celui qui met fin au sursis, le tribunal désigne un juge au tribunal pour faire rapport sur l'exécution du transfert.

Les dispositions du présent article laissent entières les obligations de consulter et d'informer les salariés ou leurs représentants conformément aux dispositions légales ou conventionnelles en vigueur.

#### *Commentaire:*

A l'article 54 alinéa 2, il y aurait lieu de spécifier par qui les représentants des salariés seront entendus.

Au paragraphe deux, il serait préférable de remplacer „est en état de faillite“ par „remplit les conditions de faillite“ pour éviter toute ambiguïté.

**Art. 55.** Le jugement qui ordonne le transfert désigne un mandataire de justice 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 chargé d'organiser et de réaliser le transfert au nom et pour compte du débiteur. Il détermine l'objet du transfert ou le laisse à l'appréciation du mandataire de justice.

Le tribunal peut, par le même jugement, ordonner un sursis complémentaire, n'excédant pas six mois à compter de sa décision, avec les effets énoncés aux articles 25 à 32.

Le jugement est publié par extrait au Mémorial C par les soins du mandataire de justice désigné.

*Commentaire:*

A ce stade le texte semble exclure que le tribunal désigne un avocat comme mandataire de justice.

**Art. 56.** (1) Sans préjudice des dispositions des paragraphes suivants, les droits et obligations qui résultent pour le cédant des contrats de travail existant au moment du transfert de l'entreprise sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire.

(2) Le cessionnaire et le cédant ou le mandataire de justice et les organisations syndicales représentatives sur le plan national représentées au sein de la délégation du personnel peuvent convenir, dans le cadre d'une procédure de négociation collective, de modifier les conditions de travail pour préserver l'emploi en assurant en tout ou en partie la survie de l'entreprise ou de ses activités.

Le cessionnaire et les salariés peuvent en outre convenir de modifier le contrat de travail individuel, pour autant que ces modifications soient liées principalement à des raisons techniques, économiques ou organisationnelles et pour autant que ces modifications n'imposent pas d'obligations plus lourdes au cessionnaire que celles qui découlent des négociations collectives.

(3) Le cédant ou le mandataire de justice informe par écrit le candidat cessionnaire de toutes les obligations se rapportant aux salariés concernés par le transfert et de toutes les actions en cours que ces salariés auraient intentées contre l'employeur.

Dans le même temps, il notifie aux salariés individuels les obligations existant à leur égard et communique une copie de cette notification au cessionnaire.

Le cessionnaire ne peut être tenu à des obligations autres que celles communiquées ainsi par écrit. Si les données sont incorrectes ou incomplètes, le salarié a le droit de réclamer des dommages-intérêts au cédant. Le tribunal du travail connaît de ces actions et statue en urgence.

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

(4) Le choix des salariés qu'il souhaite reprendre appartient au cessionnaire. Ce choix doit être dicté par des raisons techniques, économiques et organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite, en particulier sur la base de l'activité exercée en tant que représentant du personnel dans l'entreprise ou la partie d'entreprise transférée.

L'absence de différenciation interdite à cet égard est réputée établie si la proportion de salariés et de leurs représentants qui étaient actifs dans l'entreprise ou la partie d'entreprise transférée et qui sont choisis par le cessionnaire est respectée dans le nombre total de salariés choisis.

(5) Le cessionnaire, le cédant ou le mandataire de justice peut demander, par requête au tribunal du travail du siège social, ou de l'établissement principal du débiteur, l'homologation du transfert projeté dans la mesure où la convention de transfert concerne les droits établis au présent article.

Par le transfert projeté, on entend dans le présent article, outre le transfert même, la liste des salariés à reprendre ou repris, le sort des contrats de travail, les conditions de travail fixées et les dettes.

Le tribunal du travail statue en urgence, après avoir entendu les représentants des salariés et le requérant. Les salariés qui contestent la notification visée au paragraphe 3 sont cités par le cédant ou le mandataire de justice à comparaître devant le tribunal du travail à la même audience.

Si l'homologation est accordée, le cessionnaire ne peut être tenu à des obligations autres que celles figurant dans l'acte dont l'homologation a été demandée.

**Art. 57.** Le mandataire désigné organise et réalise le transfert ordonné par le tribunal par la vente ou la cession des actifs mobiliers ou immobiliers nécessaires ou utiles au maintien de tout ou partie de l'activité économique de l'entreprise.

Il sollicite des offres en veillant prioritairement au maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise tout en ayant égard aux droits des créanciers. En cas de pluralité d'offres comparables, la priorité est accordée par le tribunal à celle qui garantit la permanence de l'emploi par un accord social négocié.

Dans cette optique, il élabore un ou plusieurs projets de vente concomitants ou successifs, en y exposant ses diligences, les conditions de la vente projetée et la justification de ses projets et en y joignant, pour chaque vente, un projet d'acte.

Il communique ses projets au juge délégué et, par requête contradictoire, notifiée au débiteur deux jours au moins avant l'audience, il demande au tribunal l'autorisation de procéder à l'exécution de la vente proposée.

**Art. 58.** Si la vente porte sur des immeubles, le projet d'acte en est établi par un notaire, désigné par le mandataire de justice et est accompagné d'un rapport d'évaluation ainsi que d'un certificat du conservateur des hypothèques, postérieur à l'ouverture de la procédure de réorganisation, relatant les inscriptions existantes et toute transcription de commandement ou de saisie portant sur lesdits immeubles.

Lorsque la vente porte sur un immeuble ou sur un fonds de commerce, toutes les personnes disposant d'une inscription ou d'une mention marginale sur l'immeuble ou d'une inscription sur le fonds de commerce concerné sont entendues.

Quel que soit l'objet de la vente, le mandataire de justice convoque le débiteur préalablement au dépôt de la requête.

Les personnes visées au deuxième alinéa et le débiteur peuvent demander au tribunal, par requête, que son autorisation soit subordonnée à certaines conditions, telles que la fixation d'un prix de vente minimum.

**Art. 59.** (1) Sur le rapport du juge délégué, le tribunal accorde l'autorisation sollicitée par application de l'article 57, alinéa 4, si la vente projetée satisfait aux conditions fixées à l'alinéa 2 dudit article.

Le tribunal entend les représentants du personnel au sein du conseil d'entreprise ou conseil de surveillance, ou à défaut du comité mixte d'entreprise ou à défaut de la délégation compétente.

Lorsqu'un projet de vente retient plusieurs propositions émanant de candidats acquéreurs différents ou comportant des conditions distinctes, le tribunal décide.

Si la vente porte sur des meubles et que le projet de vente prévoit leur vente publique, le jugement désigne l'huissier de justice qui sera chargé de la vente et qui en recueillera le prix.

(2) Le jugement qui autorise la vente est publié par extrait au Mémorial C et communiqué aux créanciers par les soins du mandataire de justice chargé du transfert, avec indication du nom du notaire commis ou de l'huissier de justice désigné par le tribunal.

#### *Commentaire:*

Dans le second alinéa du paragraphe 1er la référence au conseil d'entreprise est à remplacer par conseil d'administration comme à l'article 54 alinéa 2 du paragraphe 1er.

Dans l'alinéa 3, il y aurait lieu de remplacer les termes „le tribunal décide“ par le tribunal choisit l'offre la plus conforme à l'article 57 alinéa 2.

**Art. 60.** La vente doit avoir lieu conformément au projet d'acte admis par le tribunal et, si elle porte sur des immeubles, par l'office du notaire qui l'a rédigé.

Le prix des meubles est perçu par le mandataire de justice désigné par le tribunal et ensuite réparti conformément aux articles 792 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

Le prix des immeubles est perçu et ensuite réparti par le mandataire de justice commis conformément aux articles 888 et suivants du Nouveau Code de procédure civile.

**Art. 61.** Par l'effet de la vente des meubles ou immeubles, les droits des créanciers sont reportés sur le prix.

**Art. 62.** Lorsque le mandataire de justice désigné estime que toutes les activités susceptibles d'être transférées l'ont été, et en tout cas avant la fin du sursis, il sollicite du tribunal par requête la clôture de la procédure de réorganisation judiciaire, ou, s'il se justifie qu'elle soit poursuivie pour d'autres objectifs, la décharge de sa mission.

Lorsque le débiteur est une personne morale, le tribunal peut, dans le jugement qui fait droit à cette demande, ordonner la convocation de l'assemblée générale avec la dissolution à l'ordre du jour.

Le tribunal statue sur le rapport du juge délégué, le débiteur entendu.

**Art. 63.** La décision de clôture de la procédure de réorganisation judiciaire décharge le cessionnaire de toutes les obligations autres que celles mentionnées dans l'acte de transfert.

*Commentaire:*

Le sort des créanciers sursitaires non désintéressés de personnes morales est passé sous silence.

**Art. 64.** A compter du jugement visé à l'article 55, sont suspendues jusqu'au jugement visé à l'article 62, alinéa 3, les voies d'exécution du chef des créances sursitaires à charge de la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du débiteur.

**Art. 65.** La personne physique dont l'entreprise a été transférée dans sa totalité par application de l'article 62 peut être déchargée par le tribunal des dettes existantes au moment du jugement ordonnant ce transfert, si cette personne est malheureuse et de bonne foi.

Elle peut, à cet effet, déposer une requête contradictoire au tribunal, trois mois au plus tard après ce jugement. La requête est notifiée par le greffier au mandataire de justice.

Le jugement ordonnant la décharge du débiteur est publié par les soins du greffier au Mémorial C.

S'il est déchargé, le débiteur ne peut plus être poursuivi par ses créanciers. La décharge ne profite pas aux codébiteurs ni aux sûretés personnelles.

*Commentaire:*

Le terme de requête contradictoire semble inapproprié. Par ailleurs, le mandataire de justice étant aux termes de l'article 62 déchargé de sa mission on peut se demander à quel titre il intervient encore dans cette procédure.

## **Chapitre 5. – Dispositions diverses**

**Art. 66.** (1) Les mandataires de justice désignés en vertu de la présente loi sont choisis en application des articles 455 et 456 du Code de Commerce.

(2) A la demande de tout intéressé, sur requête du mandataire de justice ou d'office, le tribunal peut à tout moment et pour autant que cela s'avère nécessaire, procéder au remplacement d'un mandataire de justice, en augmenter ou en diminuer le nombre.

Toute demande de tiers est dirigée, selon les formes du référé, contre le ou les mandataires et contre le débiteur.

Le mandataire de justice et le débiteur sont entendus en chambre du conseil. La décision est rendue en audience publique.

## Chapitre 6. – Dispositions pénales

**Art. 67.** Le débiteur est puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 25 euros à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement:

- 1° si, pour obtenir ou faciliter la procédure de réorganisation judiciaire, il a, de quelque manière que ce soit, volontairement dissimulé une partie de son actif ou de son passif, ou exagéré cet actif ou minimalisé ce passif;
- 2° s'il a fait ou laissé sciemment intervenir dans les délibérations un ou plusieurs créanciers supposés ou dont les créances ont été exagérées;
- 3° s'il a omis sciemment un ou plusieurs créanciers de la liste des créanciers;
- 4° s'il a fait ou laissé faire sciemment au tribunal ou à un mandataire de justice des déclarations inexactes ou incomplètes sur l'état de ses affaires ou sur les perspectives de réorganisation.

*Commentaire:*

Il y a lieu de remplacer le terme „minimaliser“ incorrect par „minimiser“.

**Art. 68.** Sont punis d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 25 euros à 125.000 euros, ceux qui, frauduleusement, ont, sans être créanciers, pris part au vote prévu à l'article 49 ou, étant créanciers, exagéré leurs créances, et ceux qui ont stipulé, soit avec le débiteur, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers pour le sens de leur vote sur le plan de réorganisation ou qui ont fait un traité particulier duquel résulterait en leur faveur un avantage à charge de l'actif du débiteur.

\*

## II) LA PROCEDURE DE DISSOLUTION ADMINISTRATIVE SANS LIQUIDATION

Le texte préconise la mise en place d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation. Une telle mesure est nécessaire, voire indispensable, compte tenu du nombre de sociétés coquilles vides inscrites dans les registres du RCS. Pour que la procédure proposée devienne efficace et présente un réel avantage par rapport aux procédures existantes, elle doit cependant impérativement être simple, rapide et peu coûteuse. Or, il n'est pas sûr que le texte proposé atteigne ce but. Le projet est en effet trop axé sur la procédure existante et il n'opère en définitive qu'un simple transfert de compétences, de responsabilités et de charges de travail, ce qui n'est pas le but recherché. Il ne faut en effet pas perdre de vue qu'il s'agit de sanctionner la société visée par la procédure et que sa principale finalité est d'aboutir à la radiation de la société du RCS, cette mesure valant dissolution administrative sans liquidation.

C'est pourquoi le tribunal propose certains changements qui tournent autour des idées suivantes: donner un pouvoir large et discrétionnaire au Procureur d'Etat, mettre en place une procédure non contradictoire basée sur des présomptions, donner un rôle actif à la société concernée par la procédure et cantonner le gestionnaire du RCS dans un rôle plus passif.

### Chapitre 1er: Les Cas d'Ouverture (articles 69-71 du projet)

Il faut d'abord déterminer les sociétés qui sont susceptibles de faire l'objet d'une procédure administrative de dissolution sans liquidation. Il s'agit des sociétés repérées comme étant des coquilles vides c'est-à-dire essentiellement des sociétés qui n'exercent plus aucune activité, qui n'ont par voie de conséquence aucun salarié et la plupart du temps aucun actif, mais qui ne font pas la moindre démarche pour se liquider elles-mêmes. Afin d'englober dans la procédure tant les sociétés susceptibles (en l'état actuel des textes) d'encourir une mise en faillite aboutissant à une clôture pour absence d'actif que celles susceptibles d'encourir une mise en liquidation aboutissant à une clôture pour absence d'actif, le texte doit s'appliquer aux sociétés qui contreviennent gravement aux dispositions du code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales (absence de siège social, d'organes sociaux, non-publication de bilans etc.), mais également à celles qui ne payent pas leurs dettes (notamment fiscales), et dont il peut être présumé (sur base des contraventions et comportements constatés) qu'elles n'ont aucun actif.



Le tribunal approuve l'idée selon laquelle l'identification des sociétés susceptibles de faire l'objet d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation doit être faite par le Procureur d'Etat. Il est en effet le mieux placé pour recueillir telles informations qui sont nécessaires pour repérer lesdites sociétés. Le texte de loi tel que proposé soulève néanmoins trop de questions et semble difficilement transposable dans la réalité. On peut notamment se demander comment le Procureur pourrait obtenir des renseignements concrets sur la situation financière d'une société et apporter les preuves positives d'absence d'actif. La présomption proposée (PV de carence) risque d'être interprétée a contrario en ce sens qu'aucune autre présomption ou moyen de preuve ne pourrait valoir.

Le tribunal propose dès lors d'inverser les présomptions et les rôles. Il suggère de donner au Procureur d'Etat un pouvoir discrétionnaire d'agir, sur base de tous renseignements portés à sa connaissance (qu'il faut éviter d'énumérer dans le texte de loi étant donné que son pouvoir s'en trouverait restreint – il s'agira en réalité des dénonciations des administrations publiques, du RCS, du Comité de Conjoncture, etc.) et qui formeront un faisceau de présomptions suffisantes pour lui permettre de requérir (à titre de sanction et à l'instar d'un réquisitoire classique) via l'ouverture d'une procédure administrative sans liquidation, la radiation des sociétés identifiées par lui. Il convient de donner à la société qui entend s'opposer et voir rabattre la procédure, un rôle actif. Elle devra assigner (les modalités exactes seront décrites plus loin) et rapporter la preuve que les conditions d'ouverture de la procédure ne sont pas remplies, pour obtenir gain de cause.

Le Procureur d'Etat pourrait saisir directement le RCS par la voie d'un réquisitoire qui aurait pour finalité la radiation administrative du RCS de la société identifiée. Cette façon de procéder aurait l'avantage de désengorger les tribunaux, mais également de décharger le RCS de toute une série de devoirs qui ne rentrent pas dans ses attributions (notamment celle de rendre une décision d'ouverture motivée) et d'alléger la procédure qui fonctionnerait dans l'esprit d'une procédure non contradictoire. Elle serait plus simple, plus rapide et moins coûteuse, car la société visée (par définition sans activité, sans salarié, sans actif et la plupart du temps sans siège social) ne serait pas appelée mais informée (en même temps que les créanciers et tiers) via les publications au Mémorial. Trouver une société sans adresse connue pose en effet d'innombrables problèmes et risque d'engendrer des retards et des frais exorbitants. Il faudra évidemment prévoir une voie de recours dans l'esprit du contredit avec cependant la nuance qu'il faudrait obliger la société (ainsi que les créanciers et tiers) désirant s'opposer à la mesure, de prendre l'initiative du recours en assignant par voie d'huissier à cette fin.

Si la saisie directe par le Procureur d'Etat du RCS n'était pas approuvée par les auteurs du projet, on pourrait envisager une saisine du tribunal par le réquisitoire de radiation, le rôle du tribunal se cantonnant alors à la transmission du dossier au RCS pour radiation administrative.

A noter que le dernier paragraphe de l'article 71 mentionne les „commerçants“ et sociétés commerciales. Les commerçants ne sont pas visés par le texte. Il faudrait donc enlever ce mot du texte.

## **Chapitre 2: Procédure (articles 72-77)**

La mission du gestionnaire du RCS après l'ouverture de la procédure et telle que décrite aux articles 72 et suivants du projet est complexe et engendrera un travail énorme dont il n'est pas sûr qu'il sera évacué dans de meilleures conditions et plus vite que dans la procédure actuelle. Elle est partiellement comparable à celle du curateur ou du liquidateur, alors même que le gestionnaire n'est pas un liquidateur, la procédure n'étant qu'une mesure purement administrative.

S'il paraît normal que le gestionnaire doive rendre publique l'information de l'ouverture de la procédure, cette information pourrait se limiter à une publication qui interviendrait, dans les meilleurs délais (à définir le cas échéant), par extraits et afin de lui donner une date certaine, de préférence au Mémorial (et pourquoi pas également sur le site internet du RCS). Il faudrait préciser que la date de publication au Mémorial vaut date d'ouverture de la procédure, date d'information valable pour la société concernée, les créanciers et tous tiers, date à partir de laquelle les voies de recours commenceront à courir et date à partir de laquelle la société sera dessaisie (article 444 du Code de commerce).

Les créanciers devront remettre (sur support papier ou par voie électronique) au RCS, à titre purement conservatoire, leurs déclarations de créances auxquelles ils auront annexé les pièces justificatives. Leur donner un délai de trois mois pour le faire paraît une bonne idée mais est inefficace si aucune sanction n'est prévue. L'idée du délai est par ailleurs remise en cause par l'avant-dernier alinéa de l'article 73 selon lequel un dépôt rectificatif et complémentaire peut être fait même après écoulement

du délai. Il semble inopportun de préciser dans le texte de loi que l'administration doit mettre à disposition des formulaires. Pareille disposition engendre une responsabilité trop forte du gestionnaire et déchargerait sans raison les créanciers de leur propre responsabilité.

Avec l'institution d'une présomption et grâce au réquisitoire du Procureur (qui ne laisserait au gestionnaire aucun pouvoir d'appréciation), le RCS serait déchargé de quasiment toutes les obligations décrites à l'article 73 du projet. Il pourrait, après avoir procédé sans retard aux publications de l'ouverture de la procédure, se contenter de dresser le tableau des créanciers déclarés, puis attendre l'écoulement d'un délai de six mois avant de procéder à la radiation de la société, ladite radiation valant dissolution sans liquidation de la société concernée. S'agissant en effet d'une procédure administrative de dissolution sans liquidation, il coule de source que le gestionnaire (qui n'est ni un juge, ni un liquidateur) ne procédera à aucune vérification de créance, ce d'autant moins qu'il n'y aura aucune distribution vu l'absence (présumée) d'actif.

Il se pose la question de savoir si les banques et institutions de la place devront se manifester spontanément auprès du gestionnaire du RCS et pour quelle raison le gestionnaire devrait procéder à des „vérifications ayant pour objet de confirmer l'absence d'un actif“.

Dans la mesure où la procédure est purement administrative et se résumera dans les faits à une simple „radiation“ (valant dissolution sans liquidation) qui vise, à titre de sanction, les sociétés qui se comportent comme si elles n'avaient pas d'actif et/ou qui contreviennent gravement aux lois, il paraît contradictoire d'imposer au gestionnaire du RCS de mener des investigations qui sont comparables à celles que doit mener un liquidateur ou curateur.

Si aucune information susceptible de remettre en cause la procédure d'ouverture ne parvient au RCS, le gestionnaire procédera au bout de six mois à la radiation de la société. La radiation sera publiée au Mémorial et la société sera considérée comme dissoute sans liquidation à partir de la publication.

Si au contraire, le gestionnaire apprend (avant la fin de la procédure) que la société visée par la procédure, dispose, contrairement à ce qui était présumé, d'un actif et qu'elle exerce une réelle activité sans enfreindre les lois et règlements, (c'est-à-dire apprend que la société n'est pas une simple coquille vide), il doit, d'après le texte proposé, en informer le procureur qui saisira (...).

Il se pose ici la question de l'opportunité d'imposer au gestionnaire d'agir aux fins de faire arrêter (en lieu et place de la société, des créanciers et tiers, eux-mêmes amorphes) la procédure en cours. Ne pourrait-on pas limiter son rôle à celui d'intermédiaire chargé de transmettre sous toutes réserves, ce type d'information, notamment aux créanciers déclarés, à charge pour eux, d'agir en justice?

Dans le cas contraire, et dans un souci d'efficacité et de rapidité, ne devrait-on pas laisser au Procureur d'Etat, la possibilité d'apprécier lui-même, après avoir pris inspection du dossier qui lui aura été transmis par le RCS, s'il y a lieu ou non de saisir endéans un délai à définir mais qui devrait être court, par voie de requête, le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, lequel, ou bien constatera que les conditions de la procédure administrative ne sont pas remplies et ordonnera la fin immédiate de la procédure administrative (de radiation) ainsi que la publication de cette décision au Mémorial, ou bien, ne suivra pas le réquisitoire et renverra le dossier au RCS.

Il reste à déterminer si le Procureur devra ou non convoquer la société pour l'audience de ce débat et de quelle manière il le fera (notamment pour les sociétés sans siège connu). Dans le cadre de cette réflexion il ne faut pas oublier que d'après le texte proposé, la société dispose elle-même d'un délai relativement court (un mois) pour s'opposer à la mesure si bien que le gestionnaire agira sans doute après ce délai. Il faut éviter que le gestionnaire ne devienne, pour la société concernée, le moyen de voir proroger son délai d'action.

### **Chapitre 3: Voies de recours (articles 78-85)**

Le texte prévoit que la société qui n'accepte pas l'ouverture de la procédure administrative pourra, dans un délai d'un mois qui suit la date de notification ou de publication au RCS, saisir (...). 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.

Selon le texte, le recours sera formé devant le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale et „l'action sera introduite et jugée conformément aux

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. Le tribunal saisi, devra alors décider, sur base des preuves apportées, s’il doit ou non faire droit à cette demande. Il pourra donner une suite favorable à la demande et sinon renvoyer le dossier au RCS et même, le cas échéant, ordonner la mise en faillite ou liquidation de la société.

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) de la société dissoute.

\*

### III) LES MODIFICATIONS DU CODE DE COMMERCE

Le tribunal estime qu’il est nécessaire d’adapter certaines dispositions du Code de Commerce et formule ci-après ses questions et suggestions.

#### *Article 440*

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?

#### *Article 442*

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“.

#### *Article 443*

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 oeuvre 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.

#### *Article 445*

Dans un souci de cohérence, le tribunal 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.

#### *Article 455*

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.“

#### *Article 456*

Ne faudrait-il pas préciser ce qu'on entend par une „formation particulière“ et déterminer qui décide de l'admission sur cette liste?

#### *Article 458*

Eu égard aux développements faits dans le cadre de l'article 455, le tribunal propose de changer le libellé de l'article 458 comme suit:

„Les curateurs sont dans l'exécution de leurs missions soumis à la surveillance du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.“

#### *Article 459*

Eu égard aux développements faits dans le cadre de l'article 455, le tribunal propose de supprimer cet article.

#### *Article 460*

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.

#### *Article 461-1*

Dans la mesure où on resterait avec la seule notion de curateur, on pourrait supprimer l'expression „et les mandataires de justice“.

La publication du jugement de clôture n'est prévue que pour les faillites sans actif ou à actif insuffisant. Les faillites qui se terminent avec une reddition des comptes ne sont pas publiées dans la mesure où le failli et les créanciers sont convoqués pour la reddition des comptes. Est-ce-que dans cette hypothèse l'action se prescrit par cinq ans à partir du procès-verbal de reddition?

#### *Article 465*

Est-ce qu'il y a lieu d'abroger le point 4 qui parle des jugements qui prononceront sursis au concordat?

*Article 466*

Le tribunal est très favorable à l'idée que les déclarations de créances doivent être déposées dans un délai maximum de trois mois.

Au vu de la modification du régime des débats sur les créances contestées, il faut se poser la question de savoir si la date pour les débats sur les contestations doit être fixée dans le jugement, ce d'autant plus qu'en pratique, ces débats sont systématiquement mis au rôle général et ne font même pas l'objet d'un appel à l'audience.

Dans l'hypothèse où le tribunal accorde aux créanciers un délai de trois mois pour déposer leur déclaration de créance, la première vérification des créances est manifestement tardive pour ce qui est des déclarations salariales. Dans l'intérêt d'une bonne administration de la faillite, le tribunal propose de modifier le deuxième alinéa de l'article 466 comme suit: „Le même jugement désignera les jour, lieu et heure auxquels il sera procédé à la première vérification des créances. Ce jour est fixé de manière à ce qu'il s'écoule au maximum un délai de trois mois depuis le prononcé de la faillite“.

*Article 470*

Compte tenu de ce qui a été dit dans le cadre de l'article 460, il est proposé de modifier le texte de l'article 470 comme suit: „Les curateurs nommés entreront en fonctions immédiatement après le jugement déclaratif: ils prêteront, devant le juge-commissaire, le serment ...“.

*Article 472*

Le tribunal permet d'attirer l'attention sur le fait que les jugements déclaratifs de faillite ne sont en pratique pas affichés dans l'auditoire du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. Dès lors la première phrase de cet article pourrait être abrogée.

L'alinéa 2 de cet article est en pratique également lettre morte, de sorte qu'il est proposé de l'abroger.

*Article 477*

A l'alinéa 2, il est proposé d'abroger la référence au concordat.

*Article 479*

Dans la pratique actuelle, en cas d'actif suffisant, les curateurs sont autorisés à prélever les frais sur l'actif disponible sur simple visa du juge-commissaire. Il est dès lors proposé de supprimer tout simplement la mention „par voie d'ordonnance“.

Pour renforcer le contrôle à opérer par le juge-commissaire, il est proposé de modifier le dernier alinéa comme suit:

„Les curateurs sont tenus de verser un extrait du compte tiers spécialement ouvert au nom de la faillite à la fin de chaque année civile ainsi que sur demande spéciale du juge-commissaire.“

*Article 487-1*

Conformément aux dispositions de l'article 1 de la loi du 15 mars 1892 sur la procédure de débet en matière de faillite, il appartient au tribunal de prononcer la gratuité de la procédure.

D'une part, le libellé des alinéas 1 et 2 rejoint partiellement celui des articles 1 et 2 de la loi de 1892 et, d'autre part, il contient des divergences susceptibles de créer des difficultés d'application en pratique.

Est-ce qu'il était dans l'intention des rédacteurs du projet de loi d'abroger, respectivement de modifier, la loi de 1892?

Pour ce qui est du dernier alinéa de l'article 487-1, le tribunal rejoint l'idée d'une rémunération supplémentaire du curateur. Compte tenu du fait que le tribunal a d'ores et déjà la possibilité d'accorder au curateur une rémunération de maximum 3.000 € suivant la nature et l'importance des soins donnés (voir article 7 du règlement grand-ducal du 18 juillet 2003 portant révision du tarif des honoraires des curateurs en matière de faillite), le libellé actuel de cet article risque de ne pas apporter de plus-value.

#### Article 491

L'alinéa 2 de cet article vise nécessairement l'hypothèse d'un actif suffisant. Or, cette hypothèse ne pose généralement pas de problème en pratique étant donné que le juge-commissaire peut autoriser le curateur à prélever ces frais de l'actif.

Le vrai problème se pose pour les faillites sans actif ou à actif insuffisant. Ne serait-il pas opportun d'inclure ces frais dans le champ d'application de la loi du 15 mars 1892 précitée?

#### Article 492

Pour ce qui est de l'alinéa 1, il est manifestement impossible d'appeler le failli „par voie d'assignation“ pour transiger au motif que les pourparlers en vue d'une transaction ne se font pas en audience publique devant le tribunal.

Il est dès lors proposé de modifier l'alinéa 1 comme suit: „Les curateurs pourront, avec l'autorisation du juge-commissaire, et le failli dûment informé par lettre recommandée, transiger ...“.

Pour ce qui est de l'alinéa 2, la question qui se pose est celle de savoir si on ne devait pas abroger le montant dérisoire de 7,44 €.

#### Article 494

Le délai de six semaines semble un peu court pour avoir une vision globale de la faillite et les rapports risquent dès lors d'être d'une utilité réduite. Un délai de trois, voire six mois, semble plus approprié.

Il est proposé d'abroger l'alinéa 2 qui est lettre morte en pratique dans la mesure où les curateurs adressent un rapport séparé au Ministère Public.

#### Article 496

L'alinéa 2 de cet article, tel que proposé, prévoit la convocation par courrier des créanciers pour toute vérification des créances postérieure à la première dont la date est fixée par le jugement déclaratif. Le tribunal s'interroge sur la nécessité d'une convocation des créanciers (tous ou seulement ceux dont les déclarations de créance seront vérifiées?) pour ces vérifications des créances dans la mesure où, actuellement, seul le failli y est convoqué. En tout état de cause, l'intérêt des créanciers d'y assister est très réduit au vu du fait que si leur propre déclaration de créance est contestée, ils ont la possibilité de faire valoir leurs moyens dans le cadre d'un débat sur les contestations. Par ailleurs, dans le cadre des faillites avec de nombreux créanciers, cette pratique engendrera un coût supplémentaire important et il sera matériellement impossible au juge-commissaire de vérifier, dans le cadre de l'audience de vérification des créances, si tous les créanciers ont effectivement été valablement convoqués.

Quant aux alinéas 3 et 4, le tribunal accueille favorablement la nécessité pour les créanciers, le failli et les dirigeants de la société en faillite d'informer le curateur de tout changement d'adresse.

#### Article 497

Quant à l'alinéa 1er, il convient de supprimer la référence aux circulaires dont l'envoi n'est plus prévu par l'article 496 tel que projeté.

Quant aux nouveaux alinéas 2 à 4, il est à relever que la suspension des procédures n'est pas opportune en ce qui concerne les procédures dans lesquelles la société faillie est demanderesse. Pour ces litiges, il n'y a de toute façon pas non plus de déclaration de créance de la part de la partie adverse, débitrice.

Quant aux litiges dans lesquels la société faillie est défenderesse, les ajouts proposés ne donnent pas lieu à des commentaires particuliers.

Il convient néanmoins d'attirer l'attention des rédacteurs du projet de loi sur l'existence de la jurisprudence de la Cour d'appel (24 mars 2011, n° 36222 du rôle) retenant ce qui suit:

*„En vertu de l'article 496 du code de commerce, il appartient à tout créancier qui veut que le curateur tienne compte de sa créance, de la déclarer.*

*C'est la contestation par le curateur ou un autre créancier qui transforme en demande en justice, la déclaration qui, jusque-là, ne constituait qu'une simple réquisition extrajudiciaire, une simple sommation (cf. les Nouvelles, droit commercial, t. IV. Les concordats et la faillite, n° 2323).*



*Or, conformément à l'article 504 alinéa 2 du code de commerce, les contestations qui ne seront pas de la compétence du tribunal seront renvoyées devant le juge compétent.*

*Aussi, au sens de l'article 452 du code de commerce, les créanciers chirographaires et ceux jouissant d'un privilège général ne sont pas recevables, durant la faillite, à assigner le failli ni même le curateur pour demander leur condamnation, mais ne peuvent agir que par la voie de la déclaration ou de l'action en admission pour faire reconnaître leur créance (Cass. Civ. 13 novembre 1997, Pas. 30, p. 265).*

*Il en découle et même si le tribunal de travail était en principe compétent pour toiser du bien-fondé du litige comme relevant des relations de travail entre parties, la demande de XXX ainsi que celle formée par l'ETAT étaient cependant irrecevables pour n'avoir pas respecté les règles et formes en matière de faillite, la circonstance que le curateur soit intervenu volontairement en première instance étant sans incidence à cet égard.*

*En effet, les formes que la loi impose pour la procédure de déclaration et de vérification des créances sont d'ordre public. Il n'est pas permis aux parties d'y déroger et le juge doit soulever d'office la nullité résultant de leur inobservation."*

#### *Article 498*

Le contenu de la production d'une créance est également régi par l'article 41 du Règlement CE n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Est-il dans l'intention des rédacteurs du projet de loi d'avoir des dispositions plus strictes que celles prévues par ce règlement?

#### *Article 499*

L'alinéa 3, tel que proposé, ne précise pas dans quels cas exceptionnels un créancier peut encore déposer une déclaration de créance après l'écoulement du délai de trois mois. Ces cas devraient, de l'avis du tribunal, rester tout à fait exceptionnels. Pour ces cas, le droit commun, à savoir la loi du 22 décembre 1986 relative au relevé de la déchéance résultant de l'expiration d'un délai imparti pour agir en justice, met déjà à disposition des justiciables une procédure leur permettant d'être relevés de la forclusion. Le tribunal se prononce ainsi pour la suppression des alinéas 3 et 4.

#### *Article 500*

Il est proposé de supprimer le dernier alinéa de cet article qui prévoit que „les curateurs ajournent leur décision jusqu'au débat sur contestations“. En effet, cette disposition n'a aucune plus-value et il n'est pas clair ce qu'il faut entendre par le terme, déjà inclus dans la version originale du code, d'„ajourner“.

#### *Article 501*

Cet article est restée lettre morte, de sorte qu'il est proposé de le supprimer.

#### *Article 502*

L'alinéa 2 de l'article 502 propose de maintenir le libellé aux termes duquel le juge-commissaire renvoie au tribunal toutes les contestations relatives aux créances non admises. Or l'article 504, tel que projeté, prévoit que les débats sur les contestations ont uniquement lieu sur demande du créancier. Pour éviter toute contradiction dans les textes, il est proposé de supprimer l'alinéa 2 de l'article 502 dans son intégralité. Le contenu substantiel de cette disposition est d'ailleurs répété à l'article 504.

#### *Article 504*

Cette innovation est accueillie favorablement par le tribunal.

Afin de faciliter la mise en oeuvre de cette nouvelle disposition, il conviendrait de préciser deux délais, à savoir celui endéans lequel le créancier doit être informé de la contestation de sa déclaration de créance et celui endéans lequel le créancier doit introduire sa requête, sous peine de forclusion.

Quant à l'alinéa 3, il convient de préciser que, dans la pratique actuelle, seuls les créanciers dont les déclarations de créance sont débattues sont convoqués par le curateur à l'audience prévue pour les débats. Il convient par ailleurs de tenir compte du fait qu'il est proposé que le jugement déclaratif ne fixe plus de date pour les débats.

Ainsi est-il proposé de compléter l'article 504 alinéa 1, 2 et 3 comme suit:

„Les débats sur les contestations ont uniquement lieu sur demande du créancier dûment averti par le curateur par voie de recommandé dans un délai de 15 jours à partir de la vérification de sa créance que sa déclaration a été contestée.

Le créancier doit en faire la demande, sous peine de forclusion dans un délai de 40 jours à partir de la date d'envoi du recommandé, par voie de requête auprès du greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. (...).

Au jour fixé pour les débats sur les contestations par le greffe sur demande du créancier, le juge-commissaire fait son rapport et le tribunal ainsi saisi statue par jugement sur les contestations.“

Afin de tenir compte de l'abrogation du chapitre relatif au concordat, il est proposé de supprimer toute référence au concordat à l'alinéa 4 par suppression des deux dernières phrases.

#### *Article 506*

Cette disposition est restée lettre morte, de sorte qu'il est proposé de la supprimer.

#### *Article 507-1*

En cas d'absence d'actif suffisant pour payer les frais et honoraires de la faillite, il est procédé à la vérification des créances à la date fixée dans le jugement déclaratif et postérieurement à celle des créances salariales.

Il est ainsi proposé de rédiger l'article 507-1 alinéa 1er comme suit:

„Au cas où l'actif (...), il est procédé à la première vérification des créances fixée dans le jugement de faillite ainsi que, le cas échéant, à la vérification des créances salariales.“

#### *Abrogation du chapitre V „Du concordat“*

Le tribunal accueille favorablement l'abrogation projetée du chapitre relatif au concordat après faillite dont les dispositions n'ont quasi jamais été mises en oeuvre.

Néanmoins, l'article 508 avait le mérite de clarifier la situation d'un créancier retardataire qui n'a pas pu participer à une première répartition de dividendes.

Dès lors, le tribunal propose de maintenir l'article 508 dans la teneur suivante:

„A défaut de déclaration de créance dans le délai fixé par le jugement déclaratif de faillite, les défaillants connus ou inconnus ne peuvent rien réclamer dans les répartitions ordonnées avant leur déclaration“.

#### *Article 528*

Afin d'enlever toute ambiguïté des termes „les curateurs continueront à représenter la masse“ et dans un souci de simplicité, le tribunal propose le libellé suivant: „les curateurs représentent la masse ...“.

Comme il est projeté d'abroger l'article 480, il conviendrait de supprimer également la référence à cet article.

#### *Article 533*

Comme il est projeté d'abroger l'article 519, il conviendrait de supprimer la référence au paragraphe 3 de l'article 533.

#### *Article 535*

Cet article ne trouve jamais application, de sorte que le tribunal propose son abrogation, à l'instar des alinéas 2 et 3 abrogés par la loi du 21 juillet 1992.

#### *Article 536-1*

L'ajout proposé diverge de la pratique actuellement suivie. En effet, en cas d'insuffisance d'actif et après que la faillite a été admise au bénéfice du Pro Deo, le juge-commissaire, sur base d'une requête du curateur, rend une ordonnance invitant l'Administration de l'Enregistrement soit à avancer les frais exposés par le curateur, soit à les lui rembourser. Cette pratique est d'ailleurs visée par l'article 487-1, tel que proposé. Pour le surplus, il est renvoyé aux commentaires faits sous cette disposition.

*Article 541*

Il est proposé de supprimer la référence au concordat.

*Article 547*

Cet article ne trouve pas application en pratique, de sorte que son abrogation est proposée.

*Article 564*

Quant à l'alinéa 2, il faut se poser la question s'il est opportun d'exiger la convocation du failli par exploit d'huissier à la vente des immeubles dans la mesure où souvent, ces ventes se font par acte notarié. Ne serait-il pas avantageux de prévoir une convocation par courrier recommandé?

*Le Président du tribunal d'arrondissement  
de et à Luxembourg,  
Eliette BAULER*

\*

## **AVIS DU TRIBUNAL D'ARRONDISSEMENT DE DIEKIRCH** (30.5.2013)

Le présent projet de loi, sans en vouloir mettre en doute ni l'utilité ni la nécessité, constitue l'exemple-type d'un texte législatif qui n'a pas été cousu de fil blanc et qui présente de ce fait nombre de lacunes et d'imperfections auxquelles il y a impérativement lieu de remédier.

Le but principal de ce projet est de remplacer les anciennes procédures, peu utilisées, de concordat, du sursis et de la gestion contrôlée par des dispositions permettant de régulariser différentes situations qui ont pour caractéristiques communes qu'elles ont trait à un commerçant ou une société solvables ou qui le sont encore potentiellement, cherchant à éviter une faillite ou une liquidation. Il s'agit de mettre à disposition d'une entreprise en difficultés, – c'est-à-dire, „à partir du moment où sa situation évolue de telle manière, pour des raisons économiques, financières, organisationnelles, sociales ou autres, qu'il peut être raisonnable de considérer qu'elle rencontrera tôt ou tard des difficultés pour générer les revenus suffisants pour remplir ses engagements légaux et contractuels et effectuer les investissements nécessaires“<sup>1</sup> – les outils qui lui permettent de ne pas périlcliter mais de redresser sa situation financière précaire en suivant une procédure que le projet de loi se veut souple, expéditive et efficace.

Les auteurs de ce projet se sont largement inspirés de la loi belge du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, ayant même proposé de „conserver autant que possible le texte de la loi belge, ceci permettant de pouvoir bénéficier de la doctrine et de la jurisprudence belges existantes déjà importantes“<sup>2</sup>. En conséquence, le présent avis comporte de nombreuses références aux auteurs belges ayant, entretemps, réalisé un bilan intermédiaire quant aux résultats engendrés par la loi belge de 2009 relative à la continuité des entreprises ainsi que des mentions de jurisprudences rendues par les tribunaux belges appelés à statuer, dans les quatre années d'existence de la loi belge, sur différentes questions.

Que la loi belge ait connu un succès certain, ne semble pas être contesté, étant précisé que „le nombre d'entreprises admises à une procédure de réorganisation judiciaire durant les 20 premiers mois de l'entrée en vigueur de la LCE [loi belge du 31 janvier 2009] est à lui seul déjà plus élevé que le nombre total de demandes en concordat judiciaire acceptées durant la période comprise entre le 1er janvier 1998 et le 1er avril 2009“<sup>3</sup>.

Le présent avis se divise en deux parties: la première, de nature plus générale, contenant quelques remarques et considérations générales à l'encontre du projet dans son ensemble, la seconde, plus spé-

1 Définition donnée par le Conseil Supérieur des Professions Economiques en Belgique

2 Projet de loi, Exposé des motifs, page 9

3 La loi relative à la continuité des entreprises: bilan intermédiaire, par Me Philippe MULLIEZ, Me Eubelius DE MAREZ, Isabelle DE LEENHEER, expert-comptable.

cifique, se composant d'un commentaire des articles. Ce commentaire n'a cependant pas été fait article par article mais plutôt en regroupant les différents articles d'un domaine donné.

\*

## I. REMARQUES ET CONSIDERATIONS GENERALES

### 1. Généralités

De façon générale, on peut dire que par le présent projet de loi le principe de l'égalité des créanciers est sacrifié au profit de celui de la préservation de l'entreprise et de la continuité de son activité. C'est ainsi que l'entreprise en difficultés peut négocier un accord amiable extra-judiciaire avec deux ou plusieurs de ses créanciers. Les accords trouvés se verront accorder la bénédiction de leur consécration dans le cadre d'une éventuelle procédure de faillite subséquente, les articles 445, 2° et 446 du Code de commerce ne leur étant pas applicables, ni d'ailleurs aux actes accomplis en leur exécution, à la double condition qu'ils énoncent qu'ils ont été conclus dans le but visé à l'alinéa 1er du projet de loi et ont été déposés au secrétariat du Comité de conjoncture et y mentionnés dans un registre<sup>4</sup>. Ce „*principe de base du droit matériel luxembourgeois des procédures collectives*”<sup>5</sup> se trouvait sanctionné pénalement par le biais de l'article 573, 5° du Code de commerce (banqueroute simple) dont la teneur restera la même en cas d'aboutissement du présent projet de loi<sup>6</sup>. Les accords amiables trouvés en période suspecte respectivement leur exécution constitueront dès lors une épée de Damocles, en tout cas en ce qui concerne l'entrepreneur en difficultés. Il est dès lors recommandé de revoir la modification de la disposition de l'article 573 proposée à l'article 86 point 50) du projet de loi.

Le projet de loi établit une dualité de compétences en fonction du caractère commercial ou artisanal de l'entreprise concernée. Ainsi, l'article 1er point n) du projet de loi définit le tribunal compétent comme étant „le tribunal d'arrondissement territorialement compétent, siégeant en matière commerciale dans le cas des commerçants visés à l'article 1er du Code de commerce ou siégeant en matière civile dans le cas des artisans et des sociétés civiles”<sup>7</sup>.

Dans un souci d'éviter des discussions inutiles de nature à priver la procédure de la souplesse et de la rapidité voulues, il est recommandé de modifier le point n) de l'article 1er du projet de loi en ce sens que „le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, est compétent”, et ce tant en ce qui concerne les commerçants, les artisans et les sociétés civiles.

Le maintien de cette dichotomie entraînerait d'ailleurs la nécessité d'un dédoublement des compétences et connaissances requises des futurs juges-délégués, tant auprès des juridictions commerciales qu'auprès des juridictions civiles.

Cette remarque s'impose davantage au vu des jurisprudences rendues au courant des décennies et reproduites sous l'article 1er du Code de commerce qui ont qualifié de commerçants nombre d'artisans.

A cet égard, il y a encore lieu de faire état de l'existence en droit des sociétés luxembourgeois du principe de la commercialité par la forme, prévu à l'article 3 alinéa 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales qui dispose que „*Pourront toutefois les sociétés, dont l'objet est civil, se constituer dans les formes de l'une des six sociétés commerciales énumérées à l'article précédent. Mais, dans ce cas, ces sociétés, ainsi que les opérations qu'elles feront, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce.*” Ce principe de la commercialité par la forme n'existe pas en droit des sociétés belge. Qu'y a-t-il lieu de décider en présence d'une entreprise artisanale opérant sous la forme d'une société commerciale (société anonyme ou société à responsabilité limitée p. ex.)? Faut-il se référer à la forme de l'entreprise et retenir par conséquent la compétence du tribunal de commerce ou faut-il, au contraire, considérer primordialement son activité? Opter pour cette

4 Article 11 du projet de loi

5 P. Kinsch, La faillite en droit international privé luxembourgeois, p. 29, 130, citant Cour d'appel 27 octobre 1993, Elias e.a. c/ BCCI S.A. e.a., n°s 15060 et 15314 du rôle

6 cf. Article 86 point 50) du projet de loi: „**Art. 573.** Est déclaré banqueroutier, tout commerçant failli qui se trouve dans l'un des cas suivants: (...) 5° si, après la cessation de ses paiements, il a payé ou favorisé un créancier au préjudice de la masse; (...)”

7 Art. 1. n) du projet de loi

dernière voie ne fait pas résoudre la question mais crée, au contraire, de nouveaux problèmes. En effet, retenir comme critère de distinction l'activité effective de l'entreprise en cause équivaut à se poser l'épineuse question si celle-ci relève d'un des métiers principaux ou secondaires tels que prévus au règlements grand-ducaux du 4 février 2005.<sup>8</sup>

Certains plaideurs trouveront peut-être la panacée dans la question du critère distinctif de la compétence dans l'affiliation aux chambres professionnelles concernées (Chambre de Commerce, Chambre des Métiers). Que faire alors des cas de double affiliation prévus par les lois organiques en question?<sup>9</sup>

Les divergences plus que probables entre jurisprudences rendues par les tribunaux de commerce, d'une part, et les tribunaux civils, d'autre part, ne faciliteront certainement pas la tâche.

Maintenir cette dualité de régime aboutira encore à une discrimination entre les sociétés actives dans le domaine du commerce et celles actives dans le domaine de l'artisanat, les premières pouvant comparaître en personne dans le cadre d'une procédure de réorganisation, les secondes devant avoir recours au ministère d'un avocat à la Cour.

Les auteurs du projet de loi n'ont d'ailleurs en aucune façon motivé leur choix de scinder la compétence des tribunaux en fonction du caractère commercial ou artisanal, le commentaire de l'article 1er étant muet à cet égard de sorte que cette dualité de compétences est à apprécier avec la plus grande circonspection voire suspicion.

Enfin, le sujet en question a subi des évolutions en Belgique. Il est à cet égard rendu attentif au fait que le Conseil des ministres en Belgique a déposé un projet de loi modifiant la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises<sup>10</sup>. Ce projet de loi, aux termes de son résumé introductif, vise à „rendre la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, après une évaluation, plus efficace et performante par des adaptations ponctuelles en précisant certains concepts comme celui des créances sursitaires ainsi que certaines règles procédurales, en améliorant la prévention et la détection des entreprises en difficulté; en améliorant l'accès au dossier en créant un dossier électronique et donc une meilleure information des créanciers; en renforçant le rôle des professionnels du chiffre; en tentant de mettre fin aux abus notamment aux demandes intempestives et en améliorant la protection des créanciers et notamment des travailleurs (...)“. Il serait hautement recommandable de faire fruit des expériences faites dans notre pays voisin et de prendre en considération les évolutions que la loi belge a subies notamment en ce qui concerne le volet électronique (tenue du dossier de la réorganisation judiciaire sous forme électronique, dépôt des pièces sous forme électronique et communication par le greffe sous forme électronique, dépôt du plan de réorganisation sous forme électronique, ...).

## 2. Considérations d'ordre légistique

Le deuxième titre du projet de loi concernant la nouvelle procédure de dissolution administrative sans liquidation semble peu élaboré. Il est renvoyé aux remarques faites ci-dessous par rapport à cette procédure ainsi qu'aux propositions alternatives faites en ce qui concerne un traitement plus efficace et moins coûteux de la myriade de sociétés moribondes et en infraction avec les dispositions pertinentes en droit commercial et des sociétés. Notamment, ce titre dénote à côté d'erreurs fondamentales – quoique contenues dans le commentaire des articles – telles que celles sur la nature juridique du gestionnaire du Registre de commerce et des sociétés, des difficultés de fonctionnement probables à l'avenir.

## 3. Remarques organisationnelles et fonctionnelles

Aux termes du présent projet de loi, la fonction des juges délégués par rapport à celle des juges-commissaires actuels gagnera en importance et charge de travail. Il ne faut pas oublier que la procédure de faillite actuelle subsistera à côté des dispositions nouvellement introduites par le projet de loi.

<sup>8</sup> Mém. A n° 29 du 10 mars 2005, p. 579 ss.

<sup>9</sup> voir à ce sujet les art. 4 de la loi modifiée du 26 octobre 2010 portant réorganisation de la Chambre de Commerce (Mém. A n° 191, p. 3159) et art. 3 de la loi du 2 septembre 2011 portant réorganisation de la Chambre des Métiers (Mém. A n° 200, p. 3623)

<sup>10</sup> <http://www.lexalert.net/uploads/documentenbank/c2efbd727efa37fa03d7f6d57eae69cd.pdf>

La nouvelle fonction de juge délégué appellera davantage de compétences et qualifications techniques de la part des personnes qui rempliront cette fonction, notamment dans le domaine de l'analyse comptable et dans le domaine économique.

Une augmentation de la charge de travail aura ainsi lieu à la fois au niveau des futurs juges délégués qu'au niveau du greffe. En effet, le projet de loi contient un certain nombre de dispositions qui attribuent un rôle particulier au greffe en prévoyant que celui-ci transmettra une copie des jugements au secrétariat du Comité de conjoncture (article 6) et qu'il sera tenu un dossier de la réorganisation judiciaire au greffe (article 16). A cela s'ajouteront évidemment les tâches supplémentaires à effectuer par les soins des greffiers dans le cadre des requêtes déposées et des recours introduits en vertu du présent projet de loi, des communications à effectuer sur base des dispositions afférentes du projet de loi etc. Bref, un renforcement des effectifs de personnel et des moyens techniques et administratifs s'avérera indispensable afin de mener à bien les différentes besognes et tâches et d'atteindre l'objectif visé par le présent projet de loi.

\*

## II. COMMENTAIRE DES ARTICLES

### A. Procédure non judiciaire

Contrairement à la loi belge, la collecte des données en rapport avec les difficultés financières du commerçant ou de l'entreprise ne se fait pas au greffe du tribunal d'arrondissement dans lequel le débiteur a son établissement principal, mais les données sont tenues à jour au secrétariat du Comité de conjoncture et il sera créé une cellule d'évaluation des entreprises en difficultés<sup>11</sup>. Pareil procédé a l'avantage de ne pas surcharger, à ce stade préalable à toute procédure judiciaire, les greffes des tribunaux qui souvent sont dépourvus des moyens nécessaires, tant humains que matériels.

Le projet de loi prévoit cependant<sup>12</sup> qu'„une copie des jugements de condamnation par défaut et des jugements contradictoires prononcés contre des débiteurs qui n'ont pas contesté le principal réclamé, sont transmis par le greffe du tribunal compétent au secrétariat du Comité de conjoncture“. Il en va de même des jugements de résiliation à charge du locataire ou de refus de prorogation des baux commerciaux comme des décisions qui mettent fin à la gestion du fonds de commerce.

Il n'est pas sans importance de rappeler dans ce contexte que le principe du caractère confidentiel du dossier du débiteur en difficulté est de l'essence de la finalité préventive de sa constitution<sup>13</sup>.

Contrairement à la loi belge, le projet de loi ne prévoit pas de chambre d'enquête commerciale (juge-enquêteur) dont le rôle consiste à „suivre la situation des débiteurs en difficulté en vue de favoriser et d'assurer la protection des droits des créanciers“<sup>14</sup>. Ce rôle semble être attribué par le projet de loi au secrétariat du Comité de conjoncture et à la cellule d'évaluation des entreprises en difficultés, cette dernière étant „chargée d'apprécier l'opportunité des assignations en faillite“<sup>15</sup>.

Parmi les mesures provisoires<sup>16</sup> figure, à la demande du débiteur – qui n'est soumise à aucune règle de forme, pouvant même être faite oralement au Ministre ayant dans ses attributions l'économie – la nomination d'un conciliateur d'entreprise choisi parmi les experts assermentés en application de la loi du 7 juillet 1971. A relever que la mission de ce conciliateur d'entreprise n'est pas autrement précisée ni à l'article 9 du projet de loi, ni ailleurs.

Ce n'est qu'en cas de manquement grave du débiteur ou de ses organes menaçant la continuité de l'entreprise que „le magistrat présidant la chambre du tribunal“<sup>17</sup> (à lire: le magistrat, présidant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale – voir à cet égard notamment les remarques ci-dessous sub B.) interviendra, selon les formes du référé, pour désigner un mandataire de justice.

<sup>11</sup> Art. 5, 7 et 8 du projet de loi

<sup>12</sup> Art. 6 du projet de loi

<sup>13</sup> „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, par Me Pierre RAMQUET

<sup>14</sup> Art. 12 al. 1 de la loi belge de 2009

<sup>15</sup> Art. 8 al. 1er du projet de loi

<sup>16</sup> Art. 9 du projet de loi

<sup>17</sup> Art. 10 du projet de loi



Que ce mandataire de justice soit également choisi parmi les experts assermentés en application de la loi du 7 juillet 1971 (voire qu'il ressorte du monde des affaires), est judicieux, le seul recours à des avocats s'avérant souvent peu efficace.

Notons que le projet de loi ne s'exprime pas quant à la prise en charge des frais et honoraires de ce conciliateur d'entreprise et de ce mandataire de justice. Est-ce qu'ils seront à charge de l'entreprise concernée et, dans l'affirmative, que se passera-t-il de leurs créances de frais et d'honoraires en cas de faillite ultérieure?

A relever qu'à ce stade du processus d'information et des mesures conservatoires, c'est à l'entrepreneur qu'est réservée la faculté d'entamer un processus en vue d'un accord amiable ou une réorganisation judiciaire. Le rôle joué par le mandataire de justice désigné par application de l'article 10 du projet de loi ne saurait être assimilé à celui joué par un mandataire désigné après l'ouverture proprement dite d'une réorganisation judiciaire. Reste encore à définir la mission exacte du mandataire de justice nommé par ordonnance des référés en cas de manquements graves et caractérisés du débiteur. Le texte reste muet à cet égard.

L'article 11 du projet de loi reprend, à part quelques détails minimes, le texte de l'article 15 de la loi belge de 2009, prévoyant la réorganisation extra-judiciaire par accord amiable.

Selon l'article 11 du projet de loi, „sans porter préjudice à la relativité des contrats<sup>18</sup>, le débiteur en difficulté pourra négocier librement avec ses créanciers (avec tous s'il le désire mais sans pouvoir en inclure moins de deux en sa négociation) un accord en vue de l'assainissement de sa situation financière ou de la réorganisation de son entreprise. Les paiements quel que soit leur mode, opérés en exécution de cet accord, seront, pour l'hypothèse d'un échec de la réorganisation et d'une faillite subséquente, opposables à la masse même s'ils sont opérés depuis l'époque de la cessation des paiements et lors même le créancier aurait-il eu connaissance de cet effet, pour autant que le texte de l'accord amiable ait été déposé au secrétariat du Comité de conjoncture et y mentionné dans un registre<sup>19</sup>.

Quant au nombre des créanciers concernés, l'accord amiable doit donc impliquer deux créanciers au moins. Selon certains, „le législateur a jugé opportun d'imposer l'accord tripartite au minimum sans doute pour éviter de préjudicier, par les effets qui s'attachent à l'effort, les autres à l'issue d'une confrontation déséquilibrée du débiteur avec son plus puissant créancier<sup>20</sup>.

Pareille réflexion est peu convaincante, alors qu'il existe toujours des moyens de contourner la loi sans pour autant tomber dans la fraude. Reste par ailleurs toujours la possibilité pour les créanciers estimant que l'accord a été conclu en fraude de leurs droits d'exercer l'action paulienne telle que réglementée par l'article 1667 du code civil.

## **B. Procédure se déroulant devant les tribunaux**

Il est renvoyé à la partie „Considérations générales“ ci-dessus en ce qui concerne le régime dualiste de la compétence des tribunaux en fonction de l'activité commerciale ou artisanale.

### **1) La requête**

Selon l'article 13. (1) et (3) du projet de loi, la phase judiciaire est introduite par une requête au tribunal, signée par le débiteur ou son avocat. Le greffe en délivre un accusé de réception et le Ministère Public est avisé. Le projet de loi veut donc faire du Ministère public un agent actif de la procédure. Selon certains auteurs belges, la pratique a démontré que „l'office du Ministère Public, étant l'initiateur de mesures parfois urgentes, agit souvent bien plus en contributeur du redressement de l'entreprise, chaque fois que celui-ci est possible, qu'en censeur ou acteur de répression“<sup>21</sup>.

Selon certains auteurs belges, la requête du débiteur pourrait même être verbale quitte à faire compléter et soucrire par le débiteur un formulaire lui présenté par le greffe qui, lui, devra prendre soin de dresser une liste des pièces remises.

18 Art. 11 alinéa 2, voir aussi art. 1165 du Code civil

19 Art. 11 alinéa 4 du projet de loi; „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, par Me Pierre RAMQUET

20 idem

21 „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, par Me Pierre RAMQUET

Si, selon l'article 13 (1) certaines pièces seulement doivent être jointes à la requête au moment du dépôt, „le souhait législatif étant d'assurer une protection minimale immédiate d'un débiteur aux abois, peut-être sous le coup d'une mesure d'exécution“<sup>22</sup>, d'autres pièces seront déposées par le débiteur au dossier de la réorganisation judiciaire, tenu au greffe, dans un délai de 14 jours du dépôt de la requête.

L'article 14 du projet de loi devrait être complété en ce sens que c'est le magistrat président le tribunal, siégeant en matière commerciale, qui, dès le dépôt de la requête, désigne un juge délégué pour faire rapport au tribunal saisi de l'affaire sur la recevabilité et le fondement de la demande.

La jurisprudence belge est partagée à propos de la question de savoir quelles conséquences il convient de prévoir au cas où le débiteur présente un dossier incomplet<sup>23</sup>. Quel est le sort d'une requête non accompagnée des pièces prévues à l'article 13 (2) 1°, 3° et 10° du projet de loi? Doit-elle être déclarée irrecevable ou non fondée? Comme la menace qu'éprouve le débiteur pour la continuité de son commerce doit ressortir de l'exposé des faits sur lesquels est fondée sa demande (cet exposé devant obligatoirement être joint à la requête au moment de son dépôt), se pose également la question de la sanction de la requête au cas où le débiteur, par impossible, n'a pas fait état d'une telle menace. Sa demande encourt-elle une irrecevabilité?

Une partie de la jurisprudence belge déclare la requête irrecevable ou non fondée<sup>24</sup>, une autre partie estime que le tribunal qui constate que le dossier est incomplet n'a d'autre possibilité que d'ordonner une fin anticipée de la procédure en réorganisation judiciaire, enfin, d'autres, sont d'avis que le tribunal nonobstant un dossier incomplet peut ouvrir une procédure en réorganisation judiciaire et prononcer un sursis<sup>25</sup>.

Il n'est pas sans intérêt de relever, dans ce contexte, que „le tribunal procède à l'examen de la requête en réorganisation judiciaire dans les 10 jours du dépôt de la requête au greffe“<sup>26</sup>. Pourquoi le législateur laisse-t-il au débiteur 14 jours après le dépôt de la requête pour compléter son dossier<sup>27</sup>, imposant cependant au tribunal de statuer sur la requête endéans les 10 jours sur un dossier incomplet? Selon les travaux parlementaires belges<sup>28</sup> „le délai serait suffisant étant donné le caractère limité du contrôle que le tribunal devrait exercer à ce stade de la procédure“.

Or, nonobstant l'urgence supposée de la demande, ne serait-il pas plus opportun d'adapter ces délais, soit prolonger celui dans lequel le tribunal doit statuer, respectivement réduire celui dans lequel les pièces manquantes doivent être jointes au dossier, ce dans le but de donner au tribunal son entière capacité d'appréciation. Disposant ainsi de toutes les pièces, le juge délégué désigné conformément à l'article 14 du projet de loi retrouverait, lui aussi, tous les éléments d'appréciation nécessaires à la rédaction de son premier rapport. Ceci est d'autant plus vrai que l'article 13 (2) impose au débiteur l'indication de l'objectif ou des objectifs pour lesquels il sollicite l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, ce choix devant être impérativement joint au dossier, ne fût-ce que, dans l'actuelle version du projet de loi, dans les 14 jours du dépôt de la requête, étant précisé que le débiteur doit assumer la responsabilité de son choix et qu'il n'appartient pas au tribunal, voire au juge délégué, d'opter, en cas de défaut de choix du débiteur, pour la procédure la plus appropriée. A noter également que certains auteurs belges estiment que le législateur (belge) a entendu „ériger en condition de fondement de la demande le respect de la législation comptable“<sup>29</sup>. Que pareille condition doive être „appréciée avec rigueur“<sup>30</sup>, de même le fait de savoir si le débiteur a accompli toutes les formalités imposées par la législation fiscale, se justifie dans la mesure que l'on doit s'attendre d'un débiteur, dont la continuité du commerce semble menacée, qu'il agisse de manière loyale.

L'article 13 (2) 7° prévoit encore que le débiteur joint à sa requête „s'il est en mesure de les formuler, les mesures et propositions qu'il envisage pour rétablir la rentabilité et la solvabilité de son entreprise,

22 A. ZENNER, J.-Ph. LEBEAU et C. ALTER, page 106

23 La loi relative à la continuité des entreprises: bilan intermédiaire, par Me Philippe MULLIEZ, Me Eubelius DE MAREZ, Isabelle DE LEENHEER, expert-comptable

24 Anvers, 12 novembre 2009, R.W., 2009-2010, p. 1309; Nivelles, 9 juillet 2009, R.D.C., 2009, p. 713; Anvers, 3 décembre 2009, R.C.D. 2010, p. 540

25 Anvers, 1er avril 2010, R.W., 2010-2011, p. 848

26 Art. 20 du projet de loi

27 Art. 13 (4) du projet de loi

28 Doc. Parl., Ch., 2007-2008, n° 160/002, p. 58

29 „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, par Me Pierre RAMQUET

30 idem

pour mettre en oeuvre un éventuel plan social et pour satisfaire les créanciers<sup>31</sup>. On peut s'interroger sur l'opportunité d'une telle disposition dans la mesure où l'environnement économique du débiteur, qui par ailleurs doit indiquer les objectifs qu'il se propose d'atteindre, va nécessairement changer une fois la procédure en réorganisation judiciaire entamée.

Selon l'article 13 (2) 8°, le débiteur doit joindre à sa requête „l'indication qu'il a satisfait aux obligations légales et conventionnelles d'information et de consultation des salariés ou de leurs représentants“. Le législateur exige-t-il une simple déclaration du débiteur<sup>31</sup>? Ne faudrait-il pas envisager une démarche plus proactive dans la mesure où les juges délégués peuvent interroger les représentants des travailleurs ou exiger d'eux un document, ne fût-il informel, attestant la réalité de l'information donnée par le débiteur<sup>32</sup>.

## **2) Les effets de la requête**

Comme la requête n'est pas publiée, les effets y attachés sont nécessairement très limités<sup>33</sup>.

## **3) Le rôle du juge délégué**

Les devoirs du juge-délégué sont nombreux<sup>34</sup>. Comme l'ont exprimé certains auteurs belges „c'est sur les épaules du juge délégué que reposera le suivi de la procédure en réorganisation judiciaire<sup>35</sup>. Le juge délégué désigné par le tribunal dès le dépôt de la demande doit faire un premier rapport sur la recevabilité et le fondement de la demande et sur tout élément utile à l'appréciation du tribunal<sup>36</sup>. Ce rapport doit nécessairement être fait dans les 10 jours, puisque le tribunal, conformément à l'article 20 du projet de loi, doit procéder dans ce délai à l'examen de la requête. Etant donné que le débiteur peut verser bon nombre de pièces, par ailleurs les plus importantes, dans les 14 jours suivant le dépôt de la requête, le juge délégué ne dispose donc nécessairement que de très peu d'informations pour son premier rapport. D'où, par référence à ce qui a été dit plus haut, la nécessité de prévoir les mêmes délais pour la remise des pièces par le débiteur et l'obligation pour le tribunal de statuer.

Le juge délégué devra informer le tribunal de l'évolution de la situation du débiteur (article 15). Cette tâche devrait relever de la gageure. Externe à l'entreprise, il devrait s'avérer difficile pour le juge délégué qui en général n'est pas un orfèvre en la matière, de se procurer les informations financières pertinentes pour se faire une idée de la situation financière de celle-ci.

Le juge délégué joue également le rôle d'un enquêteur dans la mesure où il peut entendre toute personne dont l'audition paraît utile. Par ailleurs, conformément à l'article 17 du projet de loi, lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes de la détention par le requérant ou un tiers d'un document contenant la preuve de ce que sont réunies les conditions pour obtenir l'ouverture d'une réorganisation judiciaire (...), le tribunal peut ordonner, à la demande de tout intéressé, que ce document ou une copie de celui-ci soit joint au dossier de la réorganisation. Cette mission ne devrait-elle pas également être confiée au juge délégué, étant précisé qu'il relève de la mission de celui-ci d'autoriser toute personne pouvant justifier d'un intérêt légitime d'avoir accès au dossier de réorganisation tenu au greffe<sup>37</sup>.

Il serait peut-être sage, comme plusieurs tribunaux le font en Belgique, d'établir des formulaires-type qui reprennent les différentes tâches que doit accomplir le juge délégué.

## **4) Les conditions d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire**

L'article 19 du projet de loi prévoit que la procédure de réorganisation judiciaire est ouverte dès que la continuité de l'entreprise est menacée, à bref délai ou à terme, et qu'a été déposée la requête visée à l'article 13 paragraphe 1er.

31 En ce sens: A. ZENNER, J.-Ph. LEBRAU et C. ALTER, page 112

32 „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, par Me Pierre RAMQUET

33 Art. 18 du projet de loi

34 J. WINDEY, „la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, p. 240, note 42

35 „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, par Me Pierre RAMQUET

36 Art. 14 du projet de loi

37 Article 15 du projet de loi

Une fois la procédure ouverte, pour autant qu'une requête conforme ait été déposée, le tribunal n'a pas la possibilité de refuser l'ouverture. Il semble que le tribunal n'ait pas le droit, à ce stade, de dire que la procédure de réorganisation judiciaire n'est pas de nature à maintenir totalement ou partiellement l'activité de l'entreprise. L'automatisme de l'ouverture de la procédure semble être la norme<sup>38</sup>. Cet automatisme ne devrait cependant pas empêcher que le délai de la remise des pièces soit adapté au délai dans lequel le tribunal doit statuer.

L'article 19 dernier alinéa dit que l'état de faillite du débiteur ne fait pas obstacle en soi à l'ouverture ou à la poursuite de la procédure de réorganisation judiciaire. Selon les parlementaires belges, il fallait „éviter que par pusillanimité ou interprétation littérale, des juges estiment ne pouvoir déclarer ouverte la procédure que si le débiteur n'a pas cessé ses paiements”<sup>39</sup>.

L'article 19 alinéa 4 précise que si la demande d'un débiteur qui a déjà sollicité et obtenu l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire moins de trois ans plus tôt, la procédure de réorganisation judiciaire ne peut être ouverte qu'au cas où elle tend au transfert, sous autorité de justice, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités.

Cette restriction semble de stricte interprétation. On veut éviter l'abus de réitération<sup>40</sup>.

Le délai de trois ans ne semble pas s'appliquer si une procédure précédemment initiée est fondée sur une autre base juridique, telle que le concordat judiciaire<sup>41</sup>.

Le recours par certaines juridictions belges au concept „d'abus de procédure” pour refuser au débiteur la faveur de la réorganisation judiciaire, au motif qu'il serait de mauvaise foi ou aurait commis des fautes dans sa gestion, est critiqué.

### ***5) Le jugement d'ouverture de la requête en réorganisation judiciaire et ses suites***

Conformément à l'article 20 du projet de loi, le débiteur est convoqué par le greffier au plus tard trois jours avant la date de l'audience, étant rappelé que le tribunal doit statuer dans les dix jours du dépôt de la requête. Le débiteur peut renoncer à cette convocation, le délai de trois jours n'est dès lors pas d'ordre public. Certains auteurs belges pensent que le défaut persistant du débiteur, demandeur de la procédure en réorganisation judiciaire, justifierait que sa demande soit déclarée non fondée<sup>42</sup>. Ce raisonnement est considéré par d'autres comme étant sans fondement légal.

Le projet de loi prévoit que le débiteur est entendu en chambre du conseil, sauf s'il a expressément manifesté sa volonté d'être entendu en audience publique. Il est également admis que les intervenants volontaires soient entendus après l'exposé du débiteur. On peut se demander quel est l'intérêt du débiteur de voir débattre le redressement de son entreprise en audience publique, sachant que la discrétion est le meilleur moyen de préserver le crédit de ses créanciers.

Etant donné que le tribunal doit rendre son jugement dans les huit jours de l'examen de la requête<sup>43</sup>, il dispose – s'il use de la totalité de ce délai – normalement de toutes les pièces que le débiteur doit remettre en conformité de l'article 13 du projet. Si le délai dans lequel le tribunal doit statuer était prolongé de quelques jours, il disposerait déjà lors de la prise en délibéré de l'affaire, donc au moment où tous les intervenants sont entendus, d'un dossier complet ce qui faciliterait nécessairement les débats et serait dans l'intérêt d'une bonne compréhension de l'affaire.

Qu'en est-il des pièces déposées par le débiteur après la prise en délibéré de l'affaire. Normalement les pièces produites après la clôture des débats devraient être écartées au regard de l'article 13 (4) du projet de loi qui prévoit le délai de 14 jours pour déposer certaines pièces qui n'ont pas été jointes à la requête, pièces qui ne sont dès lors pas jugées indispensables par le projet de loi pour que le tribunal se prononce sur l'ouverture et le rejet de la requête<sup>44</sup>. Aucune sanction en cas de non-observation du délai de 14 jours n'est prévue par le projet de loi. Par ailleurs, selon certains auteurs belges, „ni le délai

38 Mons, 2 juin 2009, RDC-TBH, 2009/, p. 649

39 Doc. parl., Ch., 2007-2008, n° 160/002, p. 58

40 „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises”, par Me Pierre RAMOUET

41 Commerce Namur, 18 mai 2009, R.C.D. 2009/7, PP 702-703

42 W. DAVD, JP. RENARD et V. RENARD, p. 118 note 291

43 Art. 20 alinéa 4 du projet de loi

44 En ce sens: Commerce Charleroi, 10 avril 2009, R.D.C., 2009/7, pp. 658-663

d'examen de la requête par le tribunal, ni le délai dans lequel il doit prononcer ne sont assortis d'aucune sanction pour l'hypothèse où ils seraient dépassés<sup>45</sup>.

A relever cependant que conformément à l'article 36 (2) du projet de loi, „si le débiteur n'a pas déposé les pièces visées à l'article 13 paragraphes 2, 1° à 8°, dans les 14 jours du dépôt de sa requête, le tribunal peut statuer d'office sur la fin de la procédure de réorganisation judiciaire après avoir entendu le débiteur en ses moyens et le juge délégué en son rapport (...)“. Il s'agit notamment de l'hypothèse où la procédure n'a été introduite par le débiteur qu'à des fins dilatoires et sans réel espoir ou réelle volonté de redressement.

## 6) *Le sursis*

L'article 20 (2) précise que si les conditions d'ouverture de la procédure en réorganisation judiciaire paraissent remplies – sachant que le tribunal ne dispose le plus souvent que d'un pouvoir d'appréciation marginale – il déclare ouverte la procédure en réorganisation judiciaire et fixe la durée du sursis en vue de la conclusion d'un accord amiable extrajudiciaire, d'un accord des créanciers sur un plan de réorganisation ou pour permettre le transfert sous l'autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise. A ce stade, la durée du sursis ne peut être supérieure à six mois, considérée par les travaux préparatoires belges „soucieux de ne pas faire supporter aux créanciers un délai plus long“ comme „la norme suffisante pour mettre en place les conditions de redressement, seules des circonstances et une demande spécialement motivées justifient que le moratoire soit étendu pour être porté à 12 mois<sup>46</sup>. Selon une étude en Belgique (étude de GRAYDON), il existe dans le chef de divers tribunaux une tendance claire à limiter la période de ce premier sursis, la loi belge, comme par ailleurs le projet de loi, n'instituant pas „un droit à obtenir six mois de sursis, le tribunal devant considérer la durée la plus adaptée au moment où il statue et dans l'état des informations, parfois lacunaires, qui sont alors les siennes<sup>47</sup>. A relever que le débiteur qui, dans sa requête, a opté pour une option déterminée, peut dans certaines limites, opter pour une autre option à tout moment pendant le sursis. Une certaine jurisprudence belge subordonne l'octroi d'une prorogation du sursis à la condition que le débiteur ne soit pas lui-même à l'origine du retard nécessitant la prolongation<sup>48</sup>.

A relever également qu'il a été décidé en Belgique que „le débiteur qui est parvenu à un accord amiable dans le cadre d'une réorganisation judiciaire avec certains créanciers ne peut ensuite exiger que la durée du sursis soit prorogée pour le protéger des créanciers avec lesquels il n'a pas pu parvenir à un accord. Le fait que les créanciers ne sont pas liés par l'accord résulte du choix du débiteur de ne pas tendre à un accord collectif mais à un accord amiable<sup>49</sup>.

Ici, il est primordial de noter „la différence conceptuelle du projet de loi par rapport à la législation belge qui distingue entre les accords amiables conclus entièrement en dehors du cadre de la justice et ceux conclus dans le cadre de la réorganisation judiciaire“, alors que „compte tenu de l'optique prise dans le projet de loi de situer clairement une procédure volontaire comme l'accord amiable en dehors du cadre de la justice, il a été jugé suffisant de simplement permettre au débiteur, s'il estime devoir bénéficier d'un répit, de demander en justice de pouvoir bénéficier du sursis<sup>50</sup>. Le projet de loi ne distingue donc pas entre une procédure visant à obtenir un accord amiable hors de procédure judiciaire ou dans le cadre d'une procédure judiciaire<sup>51</sup>. Dans le cas où le sursis est demandé en vue de conclure un accord amiable, le tribunal a la possibilité de nommer un mandataire pour assister le débiteur et peut octroyer au débiteur des délais en application de l'article 1244 du Code civil<sup>52</sup>, c'est-à-dire, des délais modérés de paiement.

Concernant l'article 28 disposant que le sursis ne profitera ni aux codébiteurs ni aux débiteurs de sûretés personnelles, n'y aurait-il pas lieu de spécifier „même au cas où la caution n'aurait pas renoncé au bénéfice de discussion“? La même remarque vaut en ce qui concerne l'article 52 dernier alinéa.

45 „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, par Me Pierre RAMQUET

46 „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, par Me Pierre RAMQUET

47 idem

48 Commerce Hasselt, 15 novembre 2009, R.W., 2009-2010, p. 1091

49 Comm. TERMONDE, 2 novembre 2009, R.W., 2009-2010, p. 1093

50 Projet de loi, page 75

51 Projet de loi, page 83

52 Projet de loi, page 83



Concernant le fait que le sursis ne fait pas obstacle au paiement de créances sursitaires, il est renvoyé à ce qui a été dit ci-dessus par rapport au traitement préférentiel d'un créancier en période suspecte (en cas de faillite ultérieure éventuellement prononcée à l'issue d'une procédure de réorganisation) et ses conséquences en termes de banqueroute.

### **7) Mesures de publicité**

Les articles 21 et 22 du projet de loi ont trait à la mesure de publicité du jugement déclarant ouverte la procédure en réorganisation judiciaire et à la demande du débiteur tendant à la nomination d'un mandataire de justice. On constate que les devoirs qui reviennent, à ce sujet, au greffe sont nombreux.

Le jugement qui rejette la demande est notifié au requérant par voie du greffe [art. 21. (3)]. Cette notification donne naissance au délai de recours.

Ne serait-il pas préférable de prévoir également une publication par voie de journal/journaux?

L'article 23 prévoit la nomination par le tribunal, à la demande de tout intéressé ou du Ministère public, d'un administrateur provisoire, sa substitution et également la modification de la mission lui incombant.

L'article 23 (1) alinéa 3 prévoit que „ces décisions sont publiées conformément à l'article 22 paragraphe 1er et notifiées conformément à l'article 22 paragraphe 3“. Une erreur matérielle s'est glissée dans ce texte en ce sens qu'il faut lire „article 21 paragraphe 1er et article 21 paragraphe 3“. La même erreur se retrouve à l'article 30 (2) en rapport avec la notification par le débiteur à ses cocontractants de sa décision de ne plus exécuter un contrat, ainsi qu'à l'article 36 (3) en rapport avec la publicité du jugement statuant d'office sur la fin de la procédure de réorganisation judiciaire au cas où le débiteur n'a pas déposé les pièces dans le délai de 14 jours du dépôt de la requête.

### **8) L'administrateur provisoire nommé par application de l'article 23 du projet**

Aux termes de l'article 23 du projet de loi, „en cas de faute grave et caractérisée ou de mauvaise foi manifeste du débiteur ou d'un de ses organes, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé ou du ministère public (...) leur substituer pour la durée du sursis un administrateur provisoire (...)“.

Il s'agit, ici, d'une mesure grave et d'exception<sup>53</sup>. Le dessaisissement du débiteur, qui est une mesure particulièrement grave, doit être spécialement motivé. La décision, qui n'est pas susceptible d'opposition, peut cependant être rétractée ou modifiée à tout moment de la procédure. Selon les auteurs belges, le caractère exceptionnel de la mesure fait qu'elle n'est pas systématique. Pour apprécier „la faute grave et caractérisée ou de mauvaise foi manifeste du débiteur“, il est renvoyé aux concepts appliqués dans le cadre du comblement de passif. Ce n'est que dans les hypothèses d'une faute impardonnable, voisine du dol et de la faute lourde en ce sens que le débiteur ne pouvait pas ignorer que par ses agissements il mettrait en danger la continuation de l'entreprise qu'il convient de procéder au dessaisissement du débiteur<sup>54</sup>.

Pas plus que dans la procédure extra-judiciaire, il n'est prévu à cet endroit à qui reviendra la charge de supporter les frais et honoraires de cet administrateur provisoire. Il en va de même de la question des frais et honoraires du mandataire de justice nommé sur base de l'article 22.

### **9) Les recours**

Le libellé des articles 23 et 24 est peu cohérent.

L'article 23 (2) règle le recours contre les jugements pris en vertu de l'alinéa 1er du même article. Ces jugements ne sont pas susceptibles d'opposition.

L'article 23 (2) alinéa 2 se lit comme suit: „Le recours est formé devant le magistrat présidant la chambre du tribunal dans un délai de huit jours suivant la notification du jugement“.

Ne devrait-on pas modifier ce libellé dans le sens que „appel pourra être interjeté contre les jugements pris sur base de l'article 23 (1) dans un délai de huit jours suivant leur notification“? La dispo-

<sup>53</sup> Doc. parl., Ch., 2007-2008, n° 160/002, p. 60

<sup>54</sup> „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, par Me Pierre RAMQUET



sition en l'état actuel laisse assez perplexe alors que l'appel (appelé „le recours“ par le projet de loi) relevé d'un jugement émanant d'une composition collégiale sera porté devant „le magistrat présidant la chambre du tribunal“.

L'article 24 règle les recours contre le jugement statuant sur la demande d'ouverture de la procédure. Ici, s'imposent les mêmes réflexions que dans le cadre des jugements pris sur base de l'article 23 du projet.

Le dernier alinéa de l'article 24 est de la teneur suivante: „Si le jugement (à lire: statuant sur la procédure d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire) rejette la demande, l'appel est suspensif“. L'effet suspensif de l'appel d'une décision de rejet „permet au débiteur de conserver le profit de la protection, limitée, liée au dépôt de sa requête, et ce jusqu'au jour où la Cour d'appel aura statué<sup>55</sup>.

Au cas où la Cour réforme le jugement ayant rejeté la demande d'ouverture de la procédure judiciaire, l'affaire devrait être renvoyée pour les suites de la procédure devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale<sup>56</sup>.

Se pose, dans le contexte de l'article 24 et éventuellement dans celui de l'article 23, la question de la possibilité pour les tiers de former tierce opposition à une décision qui leur porterait préjudice.

### **10) Les effets de la décision de réorganisation**

Ces effets sont réglés par les articles 25 à 32 du projet de loi.

Quelques remarques s'imposent.

En ce qui concerne les saisies déjà pratiquées antérieurement, elles conservent leur caractère conservatoire, mais le tribunal peut, selon les circonstances et dans la mesure où cette mainlevée n'impose pas un préjudice significatif au créancier, en accorder mainlevée après avoir entendu le juge délégué en son rapport, ainsi que le créancier et le débiteur. Selon la pratique belge, „les tribunaux octroient cette mainlevée faisant en quelque sorte prévaloir l'intérêt collectif sur l'intérêt individuel du saisissant qui subira un préjudice tenu pour non significatif<sup>57</sup>. La jurisprudence belge se montre cependant relativement stricte lorsqu'il s'agit de satisfaire à cette condition qu'il n'y ait pas de préjudice significatif dans le chef du créancier<sup>58</sup>.

Il y a impossibilité de déclarer le débiteur en faillite ou de déclarer la société dissoute en cours de sursis<sup>59</sup>. Au cas où le débiteur ferait l'aveu en cours de sursis, certains auteurs belges estiment que „l'aveu emporterait renonciation implicite au bénéfice de la procédure<sup>60</sup>. Cette position est critiquée par d'autres qui pensent que le débiteur doit saisir le tribunal qui pourra apprécier si le débiteur n'est plus en mesure d'assurer la continuité de son entreprise. „Un contrôle judiciaire paraît s'imposer, l'intérêt du débiteur ou de son organe pouvant n'être pas celui de l'entreprise qui cependant devrait recevoir primauté<sup>61</sup>.

A l'article 32, il se pose la question de la définition du „lien étroit“ entre la fin de la procédure de réorganisation et la procédure collective (faillite, liquidation) subséquente.

### **11) Modification de l'objectif de la procédure**

Ces modifications font l'objet d'un jugement prononcé par le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, qui jouit de sa pleine capacité de juridiction. Il n'existe aucune automaticité d'octroi de la modification d'objectif<sup>62</sup>.

<sup>55</sup> idem

<sup>56</sup> A. ZENNER, J.-Ph. LEBEAU et C. ALTER et les références jurisprudentielles y citées.

<sup>57</sup> „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, par Me Pierre RAMQUET

<sup>58</sup> Anvers, 10 septembre 2009, R.W., 2009-2010, p. 498

<sup>59</sup> Art. 25 alinéa 2 du projet de loi

<sup>60</sup> A. ZENNER, J.-Ph. LEBEAU et C. ALTER, pp. 138-139

<sup>61</sup> „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, par Me Pierre RAMQUET

<sup>62</sup> J. WINDEY, „La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, p. 245, n° 34

## 12) *Fin anticipée et clôture de la procédure*

Si, conformément à l'article 35 du projet de loi, le débiteur peut, à tout stade de la procédure, renoncer en tout ou en partie à sa demande en réorganisation judiciaire, le législateur belge ayant voulu donner une capacité d'initiative maximale au débiteur, les circonstances visées à l'article 36 (1) du projet de loi sont toutes autres puisqu'ici il est question d'échec, le débiteur n'étant plus en mesure d'assurer la continuité de son entreprise.

## 13) *La réorganisation par accord collectif*

C'est le débiteur qui élabore un plan de redressement qu'il soumet au vote de ses créanciers. Ce plan contient une partie descriptive qui doit rappeler l'origine des difficultés rencontrées, les options arrêtées pour les éliminer, les raisons de croire que l'application du plan permettra d'assurer durablement la continuité de l'entreprise. Cette partie contiendra également des précisions qui permettent au tribunal d'appréhender la manière dont le débiteur a approché le traitement différencié des créanciers<sup>63</sup>. Le débiteur peut proposer – entre autres – le règlement différencié de certaines catégories de créanciers notamment en fonction de leur ampleur et de leur nature<sup>64</sup>. Le tribunal conserve le pouvoir d'homologuer ou non le plan, une fois celui-ci voté à la double majorité des créanciers en nombre et en somme. Les créanciers qui ne participent pas au vote, soit en personne, soit par procuration, et les créances qu'ils détiennent ne sont pas pris en compte pour le calcul des majorités. Le rôle du tribunal est réduit au seul respect des formes prescrites par le texte et la vérification de la conformité du plan à l'ordre public. Le tribunal n'a pas à porter de jugement de valeur sur le plan d'organisation dès lors que celui-ci a été voté à la double majorité des créanciers dont les droits sont affectés. Le tribunal ne peut modifier le plan, ni conditionner son homologation<sup>65</sup>. Il est insisté sur la „primauté du concept de priorité“, les attentes étant celles de „la communauté en général“<sup>66</sup>. Certaines juridictions en Belgique ont estimé devoir vérifier la compatibilité du traitement différencié proposé par le débiteur avec le principe constitutionnel de non-discrimination. Certains auteurs belges estiment que le législateur n'a pas souhaité pareille ingérence<sup>67</sup>. La discrimination est permise pour autant qu'elle s'articule sur une égalité de traitement des créances objectivement comparables<sup>68</sup>. Si le plan est homologué, il y a un contrôle a posteriori en ce sens que „tout créancier peut, par citation du débiteur, demander la révocation du plan de réorganisation lorsqu'il n'est pas ponctuellement exécuté, ou lorsqu'il démontre qu'il ne pourra pas en être autrement et qu'il en subira un préjudice; le ministère public peut demander la révocation de la même manière lorsqu'il constate l'inexécution de la totalité ou d'une partie du plan“<sup>69</sup>. L'exécution complète du plan libère totalement et définitivement le débiteur de toutes les créances y figurant, sauf que les codébiteurs et les sûretés personnelles ne profitent pas de cette libération. La durée d'exécution du plan proposé est portée à cinq ans à compter de son homologation<sup>70</sup>.

A l'article 40, il serait recommandé de définir ce qu'il y a lieu d'entendre par „privilège particulier“. S'agit-il des privilèges généraux et des privilèges spéciaux?

Il s'imposerait également de prévoir une sanction au cas où le débiteur oublierait, involontairement ou volontairement, un de ses créanciers. Dans le cas d'un tel oubli, le créancier en cause n'obtiendrait en effet pas du tout d'information de sorte qu'il se pose la question comment il serait en mesure d'exercer son recours.

A l'article 41 (1) alinéa 1er, il y aurait lieu de préciser le délai endéans lequel le recours y prévu doit être introduit.

Il serait utile de prévoir que les créanciers provisoirement admis au tableau pourront également participer au vote sous peine de procurer au débiteur un moyen facile d'exclure des créanciers „difficiles“ de ce vote. En effet, la jurisprudence belge va dans le sens de dénier aux créanciers non repris

63 Doc. Parl., Ch., 2007-2008, n° 160/002, p. 67

64 Art. 44 du projet de loi

65 „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, par Me Pierre RAMQUET

66 idem

67 „Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises“, par Me Pierre RAMQUET

68 idem

69 Article 53 du projet de loi

70 Art. 47 du projet de loi

sur la liste le droit d'être entendu lors du vote sur le plan de réorganisation<sup>71</sup>, et les créanciers ne participant pas au vote ne sont pas pris en compte pour le calcul des majorités<sup>72</sup>.

En ce qui concerne la nature des créances du fisc respectivement le statut privilégié de celui-ci et la constitutionnalité des dispositions pertinentes de la loi sur la continuité des entreprises du 31 janvier 2009 en Belgique (en l'occurrence l'article 57), deux décisions importantes ont été rendues par la Cour de cassation<sup>73</sup> et la Cour constitutionnelle<sup>74</sup> qui se sont prononcées dans le sens que les créances du fisc et de l'O.N.S.S. sont des créances sursitaires ordinaires et que l'article 57 prévoyant l'homologation du plan de réorganisation contenant des réductions de la dette fiscale de l'entreprise en cause et qui a été homologué par un tribunal, n'est pas contraire à l'article 172 de la Constitution belge<sup>75</sup>.

En ce qui concerne la situation au Luxembourg et plus spécialement le caractère de créance sursitaire ordinaire ou extraordinaire des créances fiscales, l'article 1er point d) du projet de loi sous examen prévoit que les créances sursitaires extraordinaires sont les créances sursitaires garanties par un privilège spécial ou une hypothèque, les créances des créanciers-propriétaires ainsi que les créances sursitaires des administrations fiscales et de la sécurité sociale. Le caractère privilégié de ces créances est dès lors manifeste.

La situation privilégiée des administrations fiscales est par ailleurs corroborée par l'article 1er de la loi modifiée du 27 novembre 1933 concernant le recouvrement des contributions directes, des droits d'accise sur l'eau-de-vie et des cotisations d'assurance sociale qui dispose que „*Le trésor a pour le recouvrement des contributions directes: 1° le droit d'exécution sur contrainte administrative, 2° un privilège s'exerçant avant tout autre sur tous les meubles et autres effets mobiliers appartenant aux redevables en quelque lieu qu'ils se trouvent; 3° une hypothèque légale dispensée d'inscription sur tous les immeubles des redevables.*“ Concernant le privilège du Trésor pour le recouvrement des contributions directes prévu par cet article, il s'agit d'un privilège général sur les meubles qui s'exerce avant tout autre, donc aussi avant le privilège spécial du créancier gagiste.<sup>76</sup> L'existence de l'hypothèque légale prévue par l'article 1er de la loi modifiée du 27 novembre 1933 concernant le recouvrement des contributions directes, des droits d'accise sur l'eau-de-vie et des cotisations d'assurance sociale confirme le caractère de créance sursitaire extraordinaire des créances fiscales de l'entreprise concernée.

La conséquence en est que sans l'autorisation de l'Administration des contributions directes, le plan de réorganisation ne pourra prévoir qu'un sursis de 24 mois (article 45 alinéa 1er) par rapport aux créances fiscales. En effet, un plan de réorganisation ne peut prévoir d'autre mesure affectant les droits d'un créancier sursitaire extraordinaire qu'avec l'accord individuel de celui-ci.<sup>77</sup>

En ce qui concerne la constitutionnalité de l'article 52 du projet de loi, correspondant à l'article 57 de la loi belge du 31 janvier 2009, on serait tenté de dire: A similitude de textes, similitude de décisions. En effet, l'article 172 de la Constitution belge („*Il ne peut être établi de privilège en matière d'impôts. Nulle exemption ou modération d'impôt ne peut être établie que par une loi*“) est quasi identique à l'article 101 de la Constitution luxembourgeoise („*Il ne peut être établi de privilège en matière d'impôts. Nulle exemption ou modération ne peut être établie que par une loi.*“). Toutefois, le moyen de l'inconstitutionnalité de l'article 57 de la loi belge du 31 janvier 2009 avec l'article 172 de la Constitution belge soulevé par le fisc belge l'avait été dans un contexte différent en ce sens que le fisc belge, contrairement à l'Administration des contributions directes luxembourgeoise, s'était vu retirer son statut privilégié par cette même loi. Or, de ce fait, le fisc belge devenu créancier sursitaire ordinaire, se retrouvait dans la même situation que d'autres créanciers ordinaires et pouvait dès lors se voir opposer du fait de l'homologation d'un plan de réorganisation, des réductions de la dette fiscale de

71 Comm. Termonde, 6 juillet 2010, R.W. 2010-2011, p. 587

72 Article 49 in fine du projet de loi

73 Cour de cassation belge, 30 juin 2011

74 Cour constitutionnelle belge, Arrêt n° 8/2012, 18 janvier 2012

75 „*L'article 172 de la Constitution n'interdit pas au législateur, en vue du redressement d'entreprises en difficultés, de prévoir dans la loi même la modération de la dette fiscale comme conséquence de la décision du tribunal de commerce d'homologuer le plan de réorganisation, décision prise après examen du respect de toutes les dispositions de la LCE qui régissent la réorganisation judiciaire au moyen d'un accord collectif et des dispositions qui touchent à l'ordre public. Au regard de l'objectif visant au redressement des entreprises en difficultés, le législateur pouvait en l'espèce estimer que l'administration fiscale ne doit pas être traitée différemment des autres créanciers sursitaires ordinaires.*“

76 Trib. d'arr. Lux. 5 janvier 1952, p. 15, 255

77 Article 45 dernier alinéa

l'entreprise concernée auxquelles il n'avait pas acquiescé. La Cour constitutionnelle belge a admis de telles modérations d'impôts aux termes suivants: „B.22. *L'article 172 de la Constitution n'interdit pas au législateur, en vue du redressement d'entreprises en difficultés, de prévoir dans la loi même la modération de la dette fiscale comme conséquence de la décision du tribunal de commerce d'homologuer le plan de réorganisation, décision prise après examen du respect de toutes les dispositions de la LCE qui régissent la réorganisation judiciaire au moyen d'un accord collectif et des dispositions qui touchent à l'ordre public. Au regard de l'objectif visant au redressement des entreprises en difficultés, le législateur pouvait en l'espèce estimer que l'administration fiscale ne doit pas être traitée différemment des autres créanciers sursitaires ordinaires*<sup>78</sup>. “ La question de la légalité et de la constitutionnalité de modérations d'impôts par de simples accords individuels entre l'entreprise concernée et l'administration fiscale reste dès lors ouverte, que ce soit dans le cadre d'un plan de réorganisation ou d'un accord amiable extra-judiciaire sur base de l'article 38 du projet de loi. Or, sans modération possible de la dette fiscale et sachant que les administrations fiscales (Administration des contributions directes et Administration de l'enregistrement et des domaines) sont la plupart du temps sinon toujours des créanciers concernés par des entreprises en difficultés, l'objectif principal du présent projet de loi, à savoir la préservation d'entreprises, risque d'être compromis.

#### **14) Recours contre le jugement d'homologation**

Le recours est réglé par l'article 51 du projet de loi.

L'alinéa 1er est de la teneur suivante: Le jugement statuant sur la demande d'homologation n'est pas susceptible d'opposition.

L'alinéa 2 est à modifier en ce sens que l'appel est porté devant la Cour d'appel dans le délai de huit jours à partir de la notification du jugement d'homologation.

L'alinéa 3 devrait prévoir que l'appel est jugé comme en matière de référé (...).

#### **15) Transfert sous autorité de justice (articles 54 à 65)**

Le projet de loi n'organise pas une procédure spécifique de cession d'une universalité ou d'une partie des actifs. Faut-il se référer dans ce cas aux dispositions introduites par la loi du 23 mars 2007<sup>79</sup> dans la loi modifiée du 10 août 1915? Cette loi a introduit dans la loi concernant les sociétés commerciales une nouvelle „Section XVbis – Des transferts d'actifs, de branche d'activités et d'universalité“ ainsi qu'une nouvelle „Section XVter – Des transferts du patrimoine professionnel“. La loi du 23 mars 2007 n'avait certes pas introduit de vrai cadre procédural à l'époque pour ces transferts mais se limitait à prévoir que les parties à l'opération avaient la faculté de soumettre l'opération aux dispositions prévues en matière de scission de sociétés, contrairement à ce qui est prévu en droit des sociétés belge où il existe un cadre juridique complet pour ce type d'opérations (articles 174/56 ss. Lois coordonnées sur les sociétés commerciales). Au cas où les opérations de transfert visées par le présent projet de loi devraient être régies par les dispositions créées par la loi du 23 mars 2007, il y a lieu de prêter attention au renvoi fait dans la Section XVbis (articles 308bis-2 à 308bis-5) relative aux transferts aux dispositions prévues en matière de scission (articles 285 à 308, sauf article 303). Il serait recommandable de modifier le deuxième alinéa des articles 257 (fusion de sociétés) et 285 (scission de sociétés) dont la teneur respective est actuellement la suivante: (Article 257) „Une fusion peut également avoir lieu lorsqu'une ou plusieurs des sociétés ou groupements d'intérêt économique qui sont absorbés ou qui disparaissent font l'objet d'une procédure de faillite, de concordat ou d'une autre procédure analogue tels que le sursis de paiement, la gestion contrôlée ou une procédure instituant une gestion ou une surveillance spéciale d'un ou de plusieurs de ces sociétés ou groupements d'intérêt économique.“ et (Article 285) „Une scission peut également avoir lieu lorsque la société ou groupement d'intérêt économique qui est absorbé ou qui disparaît fait l'objet d'une procédure de faillite, de concordat ou d'une autre procédure analogue tels que le sursis de paiement, la gestion contrôlée ou une procédure instituant une gestion ou une surveillance spéciale d'un ou de plusieurs de ces sociétés ou groupements d'intérêt économique.“ En effet, la procédure de réorganisation judiciaire prévue par le présent projet de loi ne constitue ni une procédure d'insolvabilité ni de liquidation. Tout au plus pourrait-on arguer

<sup>78</sup> Cour constitutionnelle belge, Arrêt n° 8/2012, 18 janvier 2012

<sup>79</sup> Mém. A n° 46 du 30 mars 2007, p. 816

qu'elle constitue une „*procédure instituant une gestion ou une surveillance spéciale*“. Afin d'éviter toute discussion à cet égard, il conviendrait d'inclure une référence expresse à la future loi relative à la préservation des entreprises.

Il y a lieu de préciser que le simple transfert d'un immeuble déterminé ne répondra probablement pas aux objectifs fixés par l'article 54. C'est du moins ce que les tribunaux belges<sup>80</sup> ont décidé par rapport à l'article correspondant de la loi belge.

Selon l'article 54, le transfert peut être décidé dans le cadre d'une procédure de réorganisation ou en dehors d'une telle procédure, mais alors uniquement dans les quatre cas énumérés limitativement au paragraphe (2) de cet article.

Concernant le sursis complémentaire de 6 mois prévu par l'article 55, 2ème alinéa, il semble que ce sursis complémentaire est susceptible de s'ajouter au sursis initial de 6 mois prévu par l'article 20 (jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire) et, le cas échéant, de 12 mois prévu par l'article 33 paragraphe (1) (prorogation du sursis) et de 6 mois prévu par l'article 33 paragraphe (2) (circonstances exceptionnelles).

Au sujet de l'article 56, l'on peut s'interroger sur l'utilité des formalités de l'information du candidat cessionnaire par le cédant ou le mandataire de justice en ce qui concerne les obligations se rapportant aux salariés concernés par le transfert et des actions de ces salariés en cours. D'abord, pourquoi limiter cette information aux seules obligations se rapportant aux salariés et non pas y englober une information sur d'autres obligations contractuelles? En pratique, tout candidat cessionnaire serait bien conseillé de procéder, préalablement à une reprise, à un inventaire des droits et obligations („*due diligence*“) afin de se protéger d'éventuelles surprises désagréables postérieures. En effet, le mécanisme d'une récupération du préjudice éventuellement subi en raison d'un défaut (inexactitude ou non-exhaustivité) d'information par le biais d'une action en dommages-intérêts postérieure risque de laisser le cessionnaire sur ses frais alors qu'il se trouvera face à un débiteur (cédant) pour le moins sur pieds d'argile financièrement parlant (cas de transfert partiel) ou alors face à une coquille vide (cas de transfert de toute l'activité) respectivement appartenant au même groupe que le cessionnaire (transfert par la cession des parts sociales).

Il n'est par ailleurs pas prévu que le mandataire de justice, également susceptible d'être la personne informant le candidat cessionnaire aux termes du paragraphe (3), soit tenu pour responsable en cas d'informations incomplètes ou inexactes.

### **16) Dispositions diverses (article 66)**

Le paragraphe (1) de cet article semble ne pas avoir été repris du texte de loi belge<sup>81</sup> qui dispose que les mandataires de justice sont choisis en fonction de leurs qualités et selon les nécessités de l'espèce, et qu'ils doivent offrir des garanties de compétence, d'expérience, d'indépendance et d'impartialité. Le texte de loi belge prévoit en outre que leurs frais et honoraires seront déterminés par le tribunal et qu'un arrêté royal fixera les règles et barèmes leur applicables.

L'article 66 est muet au sujet de la rémunération des mandataires de justice. Le règlement grand-ducal du 18 juillet 2003 portant révision du tarif des honoraires des curateurs en matière de faillite ne leur est, en l'état actuel, pas applicable. Il serait plus que recommandable de prévoir une disposition similaire à celle existant en Belgique et de fixer un barème spécifique.

### **17) Dispositions pénales (articles 67 à 68)**

Il y aurait lieu de fixer le minimum des amendes prévues par ces deux articles non pas à 25 euros mais à 251 euros, minimum prévu par l'article 16 du Code pénal pour les amendes en matière correctionnelle.

<sup>80</sup> Comm. Bruges 22 mars 2010, R.W. 2010-2011, p. 681; Comm. Termonde 30 juillet 2009, R.W. 2009-2010, p. 502.

<sup>81</sup> Article 71 de la loi belge du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises



## TITRE 2

**La procédure de dissolution administrative sans liquidation****1) Cas d'ouverture (articles 69 à 71)**

Les cas d'ouverture sont: 1. l'existence d'un état de faillite impliquant la qualité de commerçant (société commerciale) en état de cessation de paiements et d'ébranlement de crédit, respectivement poursuite d'activités contraires à la loi pénale ou société commerciale ou civile contrevenant gravement aux dispositions du code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris en matière de droit d'établissement, 2. l'absence de salariés déclarés et 3. un actif inférieur à un seuil à définir par voie de règlement grand-ducal.

De prime abord, les remarques suivantes s'imposent. Il reviendra dorénavant au Parquet d'apprécier les conditions d'existence d'une faillite (cessation de paiements et ébranlement de crédit) ou d'un état infractionnel permettant le recours à l'article 203 de la loi modifiée du 10 août 1915. Ce changement de paradigme est susceptible de conduire, en fonction du point de vue adopté et des appréciations à apporter à une situation donnée, à des conclusions divergentes entre d'un côté le Parquet et de l'autre le tribunal, et par-là même, à une différence de traitement entre justiciables. Quid si le Parquet conclut à l'absence d'un état de faillite – une des conditions prévues par l'article 69 faisant alors défaut – et que le tribunal, saisi sur base de l'article 71 dernier alinéa, conclurait malgré lui à l'existence de cet état? La procédure simplifiée prévue à l'article 71 alinéa 3 ne s'appliquerait-elle pas dans ce cas, l'article 71 dernier alinéa disposant: „*afin de statuer sur une ouverture d'une procédure de faillite ou de liquidation sous forme ordinaire*“. Par quel biais le Parquet serait-il en mesure de déterminer si l'actif est inférieur au seuil à prévoir puisque, par définition, la société a péché par la non-publication de ses comptes annuels<sup>82</sup>?

Ne serait-il pas plus opportun de prévoir qu'en cas d'un état de faillite (article 437) ou d'un état infractionnel (article 203) **présumé** par le Parquet, ensemble les deux autres conditions énumérées à l'article 69 du projet de loi, le tribunal de commerce serait saisi afin de statuer sur la faillite/la dissolution en ordonnant en même temps, après avoir constaté l'existence des deux autres conditions, que les opérations de la faillite ou de la liquidation se dérouleront d'après une procédure de liquidation simplifiée. Dans ce cas évidemment, l'énoncé du Titre 2 et les dispositions de celui-ci seraient à modifier en conséquence alors qu'il ne s'agirait plus d'une dissolution administrative sans liquidation. Adopter une telle solution permettrait de naviguer de façon élégante autour du fonctionnement tautologique résultant de l'application des articles 76 alinéa 1er et 77.

Ne serait-il pas plus simple encore de prévoir que les sociétés se trouvant en état infractionnel seront dissoutes sur requête du Parquet et sur base de l'article 203 de la loi sur les sociétés commerciales (comme jusqu'à présent) mais que le gestionnaire du Registre de commerce et des sociétés sera nommé d'office. Au cas où celui-ci constaterait soit l'existence d'un actif dépassant le prévisible (seuil à prévoir), soit la présence de salariés ou d'autres éléments ou circonstances (contrats en cours, procès et litiges en suspens, ...), il saisirait à nouveau le tribunal ayant prononcé la dissolution afin de voir nommer un liquidateur „classique“. L'objectif d'une réduction des coûts serait atteint de la même manière mais sans les aléas tels que décrits ci-dessus.

Ensuite, il faudrait clarifier ce qu'il y a lieu d'entendre par „actif“. S'agit-il de l'actif total figurant au bilan ou plutôt de l'actif net? Le commentaire de l'article 69 explique qu'il y a lieu de comprendre comme seuil d'actif visé „*un actif qui est inférieur au seuil fixé actuellement par le règlement grand-ducal du 18 juillet 2003 portant révision du tarif des honoraires des curateurs en matière de faillite et correspondant au montant minimum attribué aux curateurs et liquidateurs pour clôture d'une faillite ou liquidation pour absence, voire insuffisance d'actif*“. Il s'agirait dès lors d'un montant situé entre 1.000 euros et 3.000 euros (article 7 dudit règlement grand-ducal).

Il y a encore lieu de rendre attentif au fait que les renseignements et documents obtenus par le Parquet au vu de l'article 71 point 4. en application de l'article 16 de la loi du 19 décembre 2008 ayant pour objet la coopération inter-administrative et judiciaire concernent des „*informations susceptibles d'être utiles dans le cadre d'une action pénale engagée en matière correctionnelle ou criminelle*“.

<sup>82</sup> Sinon les trois conditions cumulatives pour s'engager dans la procédure simplifiée ne seraient pas données.



Enfin, l'article 71 alinéa 4 prévoit que l'article 444 du Code de commerce est applicable à compter de la décision d'ouverture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation. Il n'est pas clair ce qu'il y a lieu d'entendre par les termes „à compter de la décision d'ouverture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation“ (article 71 alinéa 4). S'agit-il de la décision d'ouverture prise par le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés sur base de l'alinéa 4 de l'article 71 ou de l'ordonnance du procureur d'Etat prise en application de l'alinéa 3 du même article? Dans le premier cas, pourrait-on vraiment parler d'une décision du gestionnaire du registre, face à une ordonnance du procureur lui enjoignant d'ouvrir une procédure, excluant toute alternative? Dans le deuxième cas, la question se pose si la décision de dissolution prise par le Parquet ne relève pas plutôt du domaine des décisions judiciaires que du domaine administratif (cf. dénomination de la procédure: procédure de dissolution administrative sans liquidation).

D'après le commentaire de l'article 71, le registre de commerce et des sociétés serait un établissement public<sup>83</sup>. Un peu plus loin, le commentaire de l'article 73 renseigne que „*Quelques informations supplémentaires sont cependant nécessaires: la motivation et la possibilité de former un recours. En effet, il ne faut pas perdre des yeux qu'il s'agit d'une **décision administrative** et non judiciaire, d'où l'obligation de se soumettre aux dispositions du droit administratif.*“ Or, le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés étant un groupement d'intérêt économique<sup>84</sup>, partant un organisme de droit privé, le caractère innovateur du projet de loi sous examen ne se limiterait pas au seul volet des faillites.

## 2) Procédure (articles 72 à 77)

D'un point de vue syntaxique, l'alinéa 1er de l'article 72 serait à revoir.

Une information des créanciers quant à l'existence d'une procédure de dissolution de leur débiteur et leur sommation de produire leurs créances se limitant à la seule publication par le biais du site internet du registre de commerce et des sociétés est insatisfaisante. Il serait préférable de prévoir au moins la publication au Mémorial C.

Le commentaire de l'article 72 précise que la loi modifiée du 19 décembre 2002 confère au „registre de commerce et des sociétés le droit de procéder par voie électronique concernant les publications en la matière“. Si cela peut être le cas, il n'en reste pas moins qu'en l'occurrence il s'agit d'une information intéressant spécifiquement et directement les créanciers concernés en leur imposant (il s'agit d'une „**sommation**“) de produire leur créance endéans un délai de trois mois (art. 73.3).

Afin de mettre le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés en mesure d'exercer sa mission de vérification d'absence d'actif et de salariés, il serait utile de prévoir à l'article 75 que le gestionnaire est habilité à demander des renseignements auprès du Centre Commun de la Sécurité Sociale et que celui-ci est autorisé à lui transmettre les données relatives à l'emploi de la société concernée. Il serait insuffisant de prévoir ces démarches dans le règlement grand-ducal tel que prévu dans l'article 75 alinéa 2.

## 3) Voies de recours (articles 78 à 85)

A l'article 78, il y a 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.

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 registre de com-

<sup>83</sup> En fait, le commentaire de l'article devrait plutôt parler du **gestionnaire** du registre de commerce et des sociétés.

<sup>84</sup> Article 2 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés (...): „*Le registre de commerce et des sociétés fonctionne sous l'autorité du ministre de la Justice. La gestion du registre de commerce et des sociétés est confiée à un **groupement d'intérêt économique**, regroupant l'Etat, la Chambre de commerce et la Chambre des métiers, constitué à cette fin.*“

merce et des sociétés. Les mêmes remarques valent en ce qui concerne le point de départ endéans lequel tout tiers intéressé peut former son recours.

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 1er, 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, soit en l'occurrence le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés.

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 préalable pour l'ouverture même de cette procédure?

Pour qu'il y ait prise en charge des frais par l'Etat tel que prévu à l'article 84, faudra-t-il passer par la procédure du *débet*?

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.

