



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

Procès-verbal de la réunion du 10 octobre 2016

Ordre du jour :

1. 6539 Projet de loi relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite et modifiant
 - (1) le livre III du Code de commerce,
 - (2) l'article 489 du Code pénal,
 - (3) la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de gage et le billet à ordre,
 - (4) la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises,
 - (5) la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance,
 - (6) la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière,
 - (7) la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
 - (8) la loi générale des impôts («Abgabenordnung»)- Rapporteur : Monsieur Franz Fayot
- Examen des articles

2. Divers

*

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

Excusé : Mme Simone Beissel

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

1. **6539** **Projet de loi relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite et modifiant**
(1) le livre III du Code de commerce,
(2) l'article 489 du Code pénal,
(3) la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de gage et le billet à ordre,
(4) la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises,
(5) la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance,
(6) la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière,
(7) la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales,
et
(8) la loi générale des impôts («Abgabenordnung»)

4) Article 442

Il est renvoyé à la discussion, qui a eu lieu lors de la réunion du 19 septembre 2016 à l'occasion de l'examen de l'article 442, au sujet du déroulement de la procédure devant les tribunaux en cas de prononcé de faillite d'office (cf. PV PMCJ 16, p. 4 et 5).
Vérification faite auprès des tribunaux, il apparaît que le failli est convoqué devant la Chambre du Conseil, étape préalable à l'audience prononçant le cas échéant la faillite. Mais il n'est pas convoqué pour cette audience. Le jugement pris en son absence est toutefois susceptible de faire l'objet des voies de recours ordinaires (jugement pris par défaut)

20) Article 480

Pas d'observations.

21) Article 482

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

L'Ordre des avocats relève que le failli risque de ne pas avoir connaissance des convocations qui lui sont faites par un courrier recommandé. S'il réside ou s'il est établi à l'adresse de l'exploitation indiquée dans le jugement déclaratif de faillite, les courriers envoyés à cette adresse sont continués au curateur par les services postaux. S'il a changé d'adresse et n'en a pas informé le curateur, un courrier recommandé sera retourné à l'expéditeur. Par courrier télécopié, courriel ou téléphone, le curateur parvient plus sûrement à joindre un failli.

L'Ordre des avocats propose dès lors de remplacer la troisième phrase de cet article par le texte suivant :

« Les convocations se font par pli recommandé ou par tout autre moyen, tels que courriers télécopiés, courriels ou par voie de presse. »

Les membres de la PMCJ renvoient à leurs discussions précédentes concernant la convocation par voie de presse et les frais supplémentaires qu'une telle publication entraînerait.

Partant, ils décident de reprendre la proposition de l'Ordre des avocats, à l'exception des termes « ou par voie de presse ».

Dès lors, le point 21 sera amendé comme suit :

« 21) L'article 482 est modifié comme suit :

« **Art. 482.** Le failli ne peut s'absenter sans l'autorisation du juge-commissaire. Il sera tenu de se rendre à toutes les convocations qui lui seront faites, soit par le juge-commissaire, soit par les curateurs. Les convocations se font par voie de recommandé pli recommandé ou par tout autre moyen, tels que courriers télécopiés ou courriels.

Le failli pourra comparaître par fondé de pouvoir, s'il justifie de causes d'empêchement reconnues valables par le juge-commissaire. » »

22) Article 483

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

L'Ordre des avocats renvoie aux observations sur l'article 482.

La clôture et l'arrêté des comptes se faisant généralement dans les premiers jours du prononcé d'une faillite, le Conseil de l'Ordre ne voit pas la nécessité de convoquer le failli par pli recommandé, surtout si la comptabilité se trouve dans une fiduciaire ou chez un comptable.

Les membres de la PMCJ approuvent cette remarque et décident d'adapter le libellé conformément à l'article 482.

Dès lors, le point 22 sera amendé comme suit :

« 22) L'article 483 est modifié comme suit :

« **Art. 483.** Les curateurs appelleront le failli par pli recommandé ou par tout autre moyen, tels que courriers télécopiés ou courriels, voie de recommandé auprès d'eux pour clore et arrêter les livres et écritures en sa présence. » »

23) Article 484

Conseil d'Etat

L'article 484 du Code de commerce oblige le curateur à procéder « *immédiatement à la vérification et la rectification du bilan* » et, si ce dernier n'a pas été déposé au registre de commerce et des sociétés, à le dresser et à le déposer au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

Le Conseil d'Etat se demande s'il est utile de garder cette obligation, alors que les tiers et les associés sont informés de la faillite par voie de publication du jugement déclarant la procédure de faillite.

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

Par dérogation à l'article 26, paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, précité, le curateur ne devra pas établir le compte de profits et pertes ni l'annexe.

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

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

Ordre des avocats

Si l'obligation pour le curateur de procéder à l'établissement d'un bilan non déposé n'a pas été supprimée, il ne faut pas perdre de vue que les frais exposés pour l'établissement des comptes sociaux représentent un actif qui ne sera pas distribué aux créanciers. Si aucun bilan n'a été déposé et que les administrations fiscales ont procédé à des taxations d'office qui ne peuvent plus être remises en question, il n'y a aucune utilité à déposer des comptes sociaux. Avant d'autoriser l'adjonction d'un expert-comptable, le juge-commissaire ne manquera pas de vérifier s'il y a un intérêt pour la masse de la faillite à la confection de bilan.

Chambre de Commerce

Le texte actuel parle au premier paragraphe de « (...) la vérification et la rectification du bilan (...) », alors que la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises a introduit la notion de « comptes annuels ».

La Chambre de Commerce est dès lors d'avis que le mot « bilan » devrait être remplacé par « comptes annuels » pour les entreprises visées par l'article 25 de la loi du 19 décembre 2002 et par « états financiers » pour les entreprises pour lesquelles cet article 25 n'est pas applicable. (idem OEC)

Le cas échéant, le terme « bilan » devrait aussi être remplacé dans le 2^e paragraphe. Le texte actuel prévoit par ailleurs au second paragraphe « Pour autant que l'actif soit suffisant pour en couvrir les frais », le curateur pourrait s'adjoindre un comptable ou un expert-comptable. (idem OEC)

La Chambre de Commerce est d'avis que cette condition d'actif suffisant devrait être supprimée, car la pratique montre que d'une analyse des comptes annuels ainsi que des transactions qui sont à la base peuvent découler des redressements à opérer. Des exemples sont des indemnités à recevoir pour rupture de contrats ou des transactions qui n'ont pas été réalisées à des conditions de marché et desquelles peut découler une annulation de la vente. Il en résulte de nouvelles créances qui permettent de couvrir les frais engagés. L'Administration de l'Enregistrement pourrait d'ailleurs avancer ces frais, comme cela est d'ailleurs aussi prévu à l'article 487-1 du nouveau Code de commerce. (idem OEC)

Concernant les observations sur la terminologie « bilan » ou « comptes annuels », les membres de la PMCJ admettent que les comptes annuels donnent davantage d'informations. Néanmoins, autant pour le bilan que pour les comptes annuels, on peut se demander si les curateurs sont outillés pour les vérifier et, le cas échéant, les dresser.

Au-delà de la discussion sur la terminologie, les membres de la PMCJ conviennent du caractère désuet du libellé de l'article 484 qui ne correspond pas à la pratique.

Ils évoquent plusieurs solutions :

- Soit assortir l'obligation de critères (articles 35 et 47 Loi RCS) (par exemple s'il existe des indices ou des soupçons de malversations, ou si l'actif dépasse un certain seuil ou certains des seuils définis par la loi de 2002) et prévoir une dérogation pour les petites entreprises ;
- Ou utiliser une formulation plus générale, genre « pour autant que cela est justifié/nécessaire avec l'accord du juge-commissaire ».

- ou alors en faire une faculté en disposant que, si le bilan (ou les comptes annuels) n'a pas été déposé, les curateurs pourront le dresser. Toutefois, le caractère facultatif risque de conduire à la non-application de la disposition.

Dans ce contexte, il est relevé que la disposition belge de l'article 54 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites a été profondément modifiée en 2002 et dispose désormais :

« Art. 54. Les curateurs appellent le failli auprès d'eux pour clore et arrêter les livres et écritures en sa présence. »

Avant de prendre une décision sur ce point, il est proposé de vérifier, pour une prochaine réunion, la jurisprudence et la doctrine belges.

En attendant, ce point est mis en suspens.

24) Article 487-1

Conseil d'Etat

L'alinéa 1^{er} du nouvel article 487-1 du Code de commerce indique que lorsque l'actif d'une faillite est présumé être insuffisant pour couvrir les frais de publication, le juge peut ordonner la gratuité de la procédure. L'article 1^{er} de la loi du 15 mars 1892 sur la procédure en debet en matière de faillite couvre cette matière.

Il convient soit de consigner l'ensemble de la matière dans cette loi de 1892 en la modifiant en conséquence, soit d'abroger cette loi en complétant l'article 487-1 de façon appropriée.

L'alinéa 2 de l'article 487-1 permet, en cas d'insuffisance présumée de l'actif de la faillite, au curateur d'obtenir une avance sur les frais et honoraires qui sont avancés par l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines « dans les conditions fixées par la loi du 29 mars 1893 concernant l'assistance judiciaire et la procédure en debet ».

Cette loi a cependant été abrogée par l'article 9, alinéa 1^{er} de la loi modifiée du 18 août 1995. Il faudra donc faire abstraction de la référence à cette loi. (idem TA Luxembourg)

L'article 2 de la loi précitée du 15 mars 1892 dispose que « *l'administration de l'enregistrement, sur l'ordonnance du juge-commissaire, fera l'avance des frais résultant tant de l'insertion dans les journaux des actes judiciaires et extrajudiciaires à publier, que de l'affranchissement des lettres de convocation à adresser aux créanciers* ».

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

Ordre des avocats

Alinéa 1^{er} : Le curateur est le mieux placé pour savoir si l'actif de la faillite est insuffisant pour couvrir les frais de la procédure de faillite. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la pertinence pour le juge d'ordonner d'office la gratuité de la procédure.

Il semble préférable à l'Ordre des avocats de maintenir la pratique antérieure consistant pour le tribunal de prononcer la gratuité de la procédure par jugement sur requête du curateur, d'autant plus que le texte de l'article 487-1 diverge des articles 1^{er} et 2 de la loi du 15 mars 1892 sur la procédure de débet en matière de faillite, qui semble rester en vigueur.

Alinéas 2 et 3 : L'Ordre des avocats ne voit pas de justification pour qu'il se voit octroyer une avance sur honoraires dans le cas de faillites dépourvues d'actif sans déclarations de créances salariales à traiter.

En cas de clôture d'une faillite pour insuffisance d'actif, les honoraires de curateur sont généralement taxés au montant minimum de 1.000 euros fixé par le règlement grand-ducal du 18 juillet 2003 portant révision du tarif des honoraires des curateurs. En cas de remplacement du premier curateur nommé, le deuxième curateur risque de devoir clôturer

les opérations de la faillite sans pouvoir toucher d'honoraires, ou des honoraires minimes, si le premier curateur a déjà obtenu une avance.

Le projet de loi alloue généreusement dans le cas de faillites dépourvues d'actif, un supplément forfaitaire d'honoraires par nombre de déclarations salariales traitées en précisant que ce supplément ne pourra dépasser le plafond fixé par le règlement grand-ducal du 18 juillet 2003. Ce plafond étant de 3.000 euros, le curateur ne pourra obtenir qu'un supplément de 2.000 euros.

Abstraction faite de l'établissement des déclarations salariales par les curateurs, leur vérification, les débats sur les contestations des créances salariales ainsi que la continuation des poursuites engagées avant la faillite, le curateur doit également transmettre les déclarations salariales à l'Agence pour le développement de l'emploi, procéder à la désaffiliation des salariés, établir les certificats de travail en vue de l'obtention des indemnités de chômage ainsi que les certificats de rémunération.

Les honoraires devraient être adaptés soit par la fixation d'un montant forfaitaire à préciser, soit par le relèvement du plafond prévu au règlement grand-ducal du 18 juillet 2003. Le texte proposé ne vise que les faillites dépourvues d'actif dans lesquelles des déclarations salariales doivent être traitées. Des déclarations salariales devant également être traitées dans des faillites comportant un actif quelque peu important, il conviendrait de prévoir également l'allocation d'un supplément forfaitaire d'honoraires. (idem TA Luxembourg)

Concernant l'alinéa 1^{er}, plus particulièrement la remarque du Conseil d'Etat et de l'Ordre des avocats quant au double emploi, il est proposé de vérifier la teneur des cinq articles de la loi du 15 mars 1892 sur la procédure en debet en matière de faillite et d'étudier la possibilité de transférer ces dispositions dans le Code de commerce, tout en abrogeant ladite loi.

En ce qui concerne l'alinéa 2, les membres de la PMCJ reconnaissent la pertinence de la remarque du Conseil d'Etat et conviennent de supprimer la référence à la loi du 29 mars 1893 concernant l'assistance judiciaire et la procédure en debet.

Enfin, pour ce qui est de l'alinéa 3, les membres de la PMCJ approuvent la suggestion du Conseil d'Etat de compléter le libellé.

Par ailleurs, ils approuvent la proposition de l'Ordre des avocats de fixer un forfait.

Une proposition de libellé reprenant les modifications discutées sera finalisée en vue d'une prochaine réunion.

25) Article 488

Pas d'observations.

26) Article 491

Conseil d'Etat

- Le Conseil d'Etat donne à considérer que la notion d'« avis conforme » n'est pas connue en matière judiciaire.

- Est-il par ailleurs nécessaire de prévoir que la fixation des frais visés comme frais de la masse relève du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale ?

- Ne suffirait-il pas que cette décision puisse être prise par voie d'une ordonnance du juge-commissaire ?

- D'ailleurs, les critères, sur lesquels le tribunal d'arrondissement devra se fonder pour considérer si les frais en question sont des frais de la masse ou ne le sont pas, font défaut.

- Afin de se conformer à l'intention des auteurs du projet de loi telle qu'elle résulte du commentaire des articles, il faut modifier l'alinéa 2 de l'article 491 en prévoyant que les frais de location du dépôt sont des frais de la masse.

- Se pose cependant la question pourquoi il faudrait prévoir un régime à part pour les frais de location d'un dépôt, alors qu'il existe d'autres frais qui sont à ranger parmi les frais de la masse. (idem Conseil de l'Ordre)
- Finalement, ne faudrait-il pas réserver soit dans la loi du 15 mars 1892 sur la procédure en debet en matière de faillite, soit dans le Code de commerce, selon l'option déjà esquissée au point 24), le sort des frais de la masse en cas de faillite sans actif ou de faillite avec un actif insuffisant ? (idem Ordre des avocats et TA Luxembourg)

L'Ordre des avocats s'interroge sur la pertinence de l'ajout de cet alinéa. L'emploi des termes « le tribunal peut fixer ces frais comme frais de la masse » enlève toute justification à cet alinéa.

En réponse à ces observations, les membres de la PMCJ décident de modifier le dernier alinéa comme suit :

« Au cas où le curateur est contraint de louer un dépôt afin de garantir le stockage, ces frais sont fixés, à la demande des curateurs et avec l'accord du juge-commissaire, comme des frais de la masse. »

En ce qui concerne la remarque sur le sort des frais de la masse en cas de faillite sans actif ou de faillite avec un actif insuffisant, il est proposé d'y revenir lors de la modification des articles 484 et 487-1 .

Partant, le point 26 sera amendé comme suit :

« 26) L'article 491 est modifié comme suit :

« **Art. 491.** L'inventaire terminé, les marchandises, l'argent, les papiers, les titres actifs, meubles et effets du débiteur sont remis aux curateurs, qui s'en chargent au pied dudit inventaire.

Au cas où le curateur est contraint de louer un dépôt afin de garantir le stockage, ces frais sont fixés, à la demande des curateurs et avec l'accord du juge-commissaire, comme des frais de la masse, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut fixer ces frais comme des frais de la masse et ce à la demande des curateurs et de l'avis conforme du juge-commissaire. » »

27) Article 492

Conseil d'Etat (idem Ordre des avocats et TA Luxembourg)

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

- L'alinéa 2 prévoit que « Lorsque la transaction portera sur des droits immobiliers, ou quand son objet sera d'une valeur indéterminée ou qui excède 7,44 euros, la transaction ne sera obligatoire qu'après avoir été homologuée, sur le rapport du juge-commissaire ».

Le montant de 7,44 euros est quelque peu dépassé et il conviendra de mettre à profit la réforme envisagée par le projet de loi sous examen afin de l'augmenter substantiellement.

En réponse à la remarque sur l'assignation, les membres de la PMCJ estiment que, vu l'importance et la gravité de la matière, l'assignation leur semble le moyen le plus approprié.

De plus, la lettre recommandée présente l'inconvénient de devoir disposer d'une adresse. Partant, ils décident de ne pas tenir compte de cette observation.

En revanche, ils décident de compléter le libellé de l'alinéa afin de viser non seulement le « failli personne physique », mais également le représentant légal du failli « personne morale ».

En ce qui concerne la valeur de la transaction, les membres de la PMCJ admettent que le seuil de 7,44 euros est dépassé. Ils notent que la loi belge du 8 août 1997 sur les faillites prévoit désormais un seuil de 12.500 euros¹ et décident de reprendre ce seuil qui leur semble plus adapté. Ils estiment que l'introduction de ce seuil contribue en outre à limiter le nombre de cas visés par la disposition en question.

Dès lors, le point 27 est amendé comme suit :

« 27) L'article 492 est modifié comme suit :

« **Art. 492.** Les curateurs pourront, avec l'autorisation du juge-commissaire, et le failli **personne physique ou les gérants ou administrateurs du failli personne morale** dûment appelés par voie d'assignation, transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse, même sur celles qui sont relatives à des actions et droits immobiliers.

Lorsque la transaction portera sur des droits immobiliers, ou quand son objet sera d'une valeur indéterminée ou qui excède **12.500 7,44** euros, la transaction ne sera obligatoire qu'après avoir été homologuée, sur le rapport du juge-commissaire. Si la contestation sur laquelle il aura été transigé était de la compétence du tribunal civil, la transaction sera homologuée par ce tribunal.

Le failli sera appelé par voie d'assignation à l'homologation ; il aura, dans tous les cas, la faculté de s'y opposer. Son opposition suffira pour empêcher la transaction, si elle a pour objet des biens immobiliers.

Les curateurs pourront aussi, avec l'autorisation du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, le failli dûment appelé par voie d'assignation, déférer le serment litisdécisoire à la partie adverse, dans les contestations dans lesquelles la faillite sera engagée. » »

28) Article 493

Pas d'observations.

29) Article 494

Conseil d'Etat (idem TA Luxembourg et Parquet Luxembourg)

- Le délai de six semaines afin que le curateur remette un mémoire au juge-commissaire sur « l'état apparent de la faillite, de ses principales causes et circonstances, et des caractères qu'elle paraît avoir », alors même qu'il est actuellement de quinze jours, est trop bref pour permettre au curateur d'apprécier la situation, notamment sur les principales causes de la faillite et des caractères qu'elle paraît avoir. Le délai doit être porté à trois ou six mois.

- Le Conseil d'Etat se demande quelle peut être l'utilité de distinguer entre le questionnaire et le mémoire.

¹ **Art. 58.** Les curateurs peuvent, avec l'autorisation du juge-commissaire, et le failli dûment appelé, transiger sur toutes les contestations que intéressent la masse, même sur celles qui sont relatives a des actions et droits immobiliers.

Lorsque la transaction porte sur des droits immobiliers, ou quand son objet est d'une valeur indéterminée ou qui excède 12.500 EUR, la transaction n'est obligatoire qu'après avoir été homologuée par le tribunal, sur le rapport du juge-commissaire. Le failli est appelé à l'homologation. Les curateurs peuvent aussi, avec l'autorisation du tribunal de commerce, le failli dûment appelé, déférer le serment litisdécisoire à la partie adverse, dans les contestations dans lesquelles la faillite sera engagée.

Il estime qu'une réponse des curateurs au questionnaire qui leur est adressé par le Procureur d'Etat ne s'impose que si le mémoire, qui est remis par les curateurs au juge-commissaire et qui est ensuite transmis au Procureur d'Etat, ne répond pas à toutes les questions qui se posent.

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

En réponse à ces remarques, il est précisé que le mémoire en question consiste en un rapport d'une page, au format DIN A4, décrivant en outre l'actif et le passif et permettant ainsi d'avoir une première vision globale de la situation. Si le délai de 15 jours paraît trop court pour produire ce document, le délai de 6 semaines semble en revanche approprié.

Le rapport destiné au Parquet est, quant à lui, plus détaillé. Ce rapport peut atteindre en pratique environ 12 pages et comporte plus d'informations détaillées, notamment sur les dirigeants et sur les origines ou les causes de la faillite.

Partant, il est décidé de maintenir le libellé de l'article.

30) Article 495-1 (voir aussi point 7 – article 444-1)

Conseil d'Etat

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

- En ce qui concerne la notion de faute de gestion, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit du point 7).

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

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

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

Chambre de Commerce

- La Chambre de Commerce ne soutient pas les modifications projetées, compte tenu de l'aggravation sensible des risques pour le débiteur. Elle prône en conséquence un maintien de la nécessité de prouver une faute grave et caractérisée afin de pouvoir ordonner l'action en comblement du passif, sous peine d'aboutir à une suppression de la distinction entre le patrimoine privé des personnes visées et la société elle-même. Pour le surplus, et notamment quant au caractère annihilant l'effet réparateur annoncé (volet « seconde chance »), la Chambre de Commerce se permet de renvoyer aux commentaires faits dans le cadre de l'article 86 point 7).

- D'un point de vue procédural, la Chambre de Commerce souhaite formuler l'observation suivante : le projet de loi prévoit également la possibilité pour le Procureur d'Etat d'introduire une action en comblement de passif, jusqu'alors réservée au curateur.

Or, la Chambre de Commerce s'interroge sur cette possibilité offerte au Procureur d'Etat d'engager une action en matière de responsabilité civile à l'encontre des dirigeants, alors que le Ministère public a pour mission de protéger l'intérêt collectif, et non pas les intérêts particuliers des créanciers d'un failli, rôle qui est en principe dévolu au seul curateur.

La Chambre de Commerce estime par conséquent qu'un vrai problème d'intérêt à agir pour le Procureur d'Etat pourrait se présenter en cas de procédure en comblement de passif introduite par ses soins.

Par ailleurs, le curateur apparaît, aux yeux de la Chambre de Commerce, comme étant la seule personne à même d'évaluer efficacement si des fautes graves ont ou non été commises par le dirigeant, alors qu'il dispose généralement de plus d'informations que le Procureur d'Etat sur les circonstances de la faillite.

La Chambre de Commerce suggère par conséquent la suppression de la possibilité pour le Procureur d'Etat d'introduire une action en comblement de passif à l'encontre des dirigeants de société.

Chambre des Métiers

Si elle est d'accord avec le fait que la mise en œuvre de cette action est extrêmement difficile, dans la mesure où il est nécessaire de prouver « des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite » de la part du ou des dirigeants, elle n'est néanmoins pas d'accord avec la proposition envisagée de poser comme suffisante toute faute de gestion afin que soit engagée la responsabilité du ou des dirigeants concernés. Le critère est ici trop large.

En réponse à ces observations, il est renvoyé à la discussion qui a eu lieu à l'occasion de l'examen de l'article 444-1 sur les notions de « faute grave et caractérisée, ayant contribué à la faillite » et de « faute de gestion » (cf. PV PMCJ 16, p. 9).

Il est proposé de reporter la décision sur ce point à une réunion ultérieure et d'adopter une solution cohérente pour les deux articles.

2. Divers

Aucun point divers n'a été abordé.

Luxembourg, le 10 octobre 2016

Le Secrétaire-administrateur,
Carole Cloener

Le Président,
Franz Fayot