



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

Procès-verbal de la réunion du 13 avril 2017

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
- Continuation des travaux

2. Divers

*

Présents : Mme Simone Beissel, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden, Mme Viviane Loschetter

Mme Julie Gordet, Mme Pascale Millim, M. Daniel Ruppert, du Ministère de la Justice

M. Laurent Besch, de l'Administration parlementaire

Excusé : M. Roy Reding

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

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

Monsieur le Président propose d'entamer l'examen à l'endroit de l'article 86 du projet de loi (dispositions portant modification du titre III du Code de commerce) des points laissés en suspens.

Article 86 – Livre III du Code de commerce

Point 7) – article 444-1 du Code de commerce

Il est précisé que la responsabilité civile du failli peut être engagée et poursuivie sur base de l'article 1382 du Code civil, régime de droit commun de la responsabilité civile. Cela implique bien évidemment d'apporter la preuve d'un lien de cause à effet avec la faute commise dans le chef du failli.

L'interdiction professionnelle qui peut être prononcée par le tribunal commercial est une mesure d'assainissement économique qui n'est pas à confondre avec les dommages et intérêts éventuels dus par le failli, en application du régime de droit commun de la responsabilité civile.

Les membres de la Sous-commission décident d'amender le libellé de l'article 444-1 du Code de commerce en ce qu'il est proposé

- de remplacer la notion de « *faute de gestion* » par celle de « *faute grave et caractérisée* », et
- de remplacer le terme « *contribué* » par les termes de « *commis dans le cadre* ».

La dernière modification vise à établir une présomption de causalité et un renversement de la charge de la preuve qui va de pair. Il appartient au failli de rapporter la preuve que la faute grave et caractérisée n'a pas contribué à la faillite.

Il convient de préciser qu'il s'agit d'une présomption simple.

Partant, le libellé prend la teneur suivante :

« **Art. 444-1.(1)** S'il est établi que le failli ou les dirigeants de droit ou de fait, associés ou non, apparents ou occultes, rémunérés ou non, d'une société déclarée en état de faillite, qu'ils soient en fonctions ou retirés de la société au moment de la déclaration en faillite, ont contribué à commis dans le cadre de la faillite ~~par~~ une faute grave et caractérisée de gestion, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale qui a prononcé la faillite ou, en cas de faillite prononcée à l'étranger, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale, ~~peu~~vent 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, de réviseur d'entreprises, de réviseur d'entreprises agréé ou toute fonction conférant le pouvoir d'engager une société, sauf à ces derniers d'établir que cette faute n'a pas contribué à la faillite. L'interdiction est obligatoirement prononcée contre celui qui est condamné pour banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse.

(2) La demande doit être introduite par le curateur ou par le procureur d'Etat près du tribunal d'arrondissement compétent, dans les trois ans à partir du jugement déclaratif de faillite.

(3) La durée de l'interdiction d'exercice ne peut être inférieure à un an ni supérieure à vingt ans.

(4) L'affaire est introduite et instruite suivant la procédure commerciale.

(5) L'interdiction cesse dans tous les cas si:

- le jugement déclaratif de faillite est rapporté,
- le failli obtient sa réhabilitation.

(6) L'interdiction prononcée par le tribunal est mentionnée au registre de commerce et des sociétés. Cette inscription est radiée lorsque l'interdiction a cessé ses effets. »

Point 30) – article 495-1 du Code de commerce

Les membres de la Sous-commission proposent d'aligner le libellé de l'article 495-1 du Code de commerce sur celui de l'article 444-1 du Code de commerce tel qu'amendé.

Ainsi, la notion de « *faute de gestion* » est remplacée par celle de « *faute grave et caractérisée* » et les termes de « *commis dans le cadre* » sont substitués à celui de « *contribué* ».

« **Art. 495-1.** Lorsque la faillite d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, en cas de faute grave et caractérisée de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, à la requête du curateur ou du procureur d'Etat, que le montant de cette insuffisance d'actif sera supportée, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué commis à la cette faute grave et caractérisée de gestion, sauf à ces derniers d'établir que cette faute n'a pas contribué à l'insuffisance d'actif. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables. L'action se prescrit par trois ans à partir de la vérification définitive des créances. »

Point 9) – article 455 du Code de commerce

Point 10) – article 456 du Code de commerce / article 66 du projet de loi

Point 13) – article 459 du Code de commerce

Le Conseil d'Etat avait critiqué dans son avis l'agencement et les modalités de renvoi à la loi du 7 juillet 1971 et le fait que cette loi ne prévoit pas expressément une liste des mandataires et des curateurs.

Il est relevé que le projet de loi prévoit l'intervention de différents acteurs (conciliateur d'entreprise, mandataire de justice, administrateur provisoire et curateur dont les rôles et responsabilités respectifs au niveau des différents volets et à divers stades procéduraux sont distincts.

Dans le cadre de la mise en œuvre du volet préventif, il peut être fait appel à un **conciliateur d'entreprise** (cf article 9 du projet de loi) qui, dans le cadre de sa mission de conciliation, est investi d'un rôle de conseiller de l'entreprise en difficulté qui assistera l'entreprise dans ses négociations avec les principaux créanciers et qui aidera l'entreprise à comprendre l'origine de ses difficultés et les éventuels remèdes possibles.

Le **mandataire de justice** est désigné par le tribunal de commerce est mentionné dans différentes hypothèses :

- soit en cas de manquements graves et caractérisés de commerçant personne physique ou des organes de la personne morale en difficulté au point que la continuation de l'entreprise soit menacé (article 10 du projet de loi)
- soit dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire lorsqu'une telle désignation est utile pour atteindre les fins de la procédure de réorganisation judiciaire (article 22 du projet de loi),
- soit dans le cadre d'une procédure de transfert sous autorité de justice (article 55 du projet de loi).

Selon l'article 66, la nomination des mandataires de justice désignés en vertu de la présente loi sont choisis en application des articles 455 et 456 du code de commerce.

Par ailleurs, dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire, en cas de faute grave et caractérisée ou de mauvaise foi manifeste du débiteur, le tribunal peut désigner un **administrateur provisoire** chargé d'administrer l'entreprises en lieu du dirigeant. Ce rôle n'est pas à confondre avec celui du mandataire de justice alors qu'il s'agit de purement et simplement remplacer un dirigeant pour la durée de la procédure, ce qui explique qu'il n'est pas fait renvoi à la loi de 1971 dans le cadre de cet article, le choix du tribunal devant surtout s'orienter suivant les capacités de la personne désignée à assumer cette fonction de dirigeant, le profil requis pouvant être extrêmement variable suivant l'activité de l'entreprise (article 23 du projet de loi).

Les articles 455 et 456 du code de commerce mentionnent quant à eux les **curateurs** aux faillites et les **liquidateurs assermentés**.

Le curateur de faillite intervient au moment où le commerçant, personne physique ou morale, est déclaré en état de faillite, dans le cadre d'une procédure judiciaire devant le tribunal de commerce. Il agit en tant que représentant des créanciers et du failli. Il administre les biens de la faillite, réalise les actifs et est chargé d'en répartir le prix entre les créanciers.

Ce curateur était dans l'optique originale du code de commerce une personne qui était reprise sur une liste des liquidateurs assermentés auprès des tribunaux, liste qui n'a jamais

été dressée, les tribunaux préférant toujours choisir un avocat, sur base de l'actuel article 456, alinéa 2 du Code de commerce, et plus exceptionnellement un 2^e curateur qui n'est pas avocat dans le cas de faillites de taille importante.

L'auteur du projet de loi avait proposé initialement que le curateur de faillite soit choisi

- soit parmi les avocats,
- soit parmi les experts assermentés désignés en tant que liquidateur assermenté figurant sur la liste arrêtée en application de la loi du 7 juillet 1971 portant en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés, qui sont chargés spécialement d'exécuter les missions qui leur seront confiées par les autorités judiciaires et administratives.

Suite aux critiques du Conseil d'Etat, le représentant du Ministère de la Justice évoque la possibilité dans un premier temps d'insérer expressément dans la loi précitée du 7 juillet 1971 deux nouvelles listes, l'une reprenant les conciliateurs d'entreprise et l'autre les mandataires de justice, tout en y prévoyant les conditions et les qualifications professionnelles requises. Ce dispositif répondrait ainsi à l'obligation de précision suffisante, tout en maintenant la flexibilité requise dans le cadre de la désignation d'un conciliateur d'entreprise ou d'un mandataire d'entreprise par le tribunal de commerce.

Dans un 2^e temps, tous les articles du projet de loi pourrait opérer systématiquement par simple renvoi à la loi de 1971.

Enfin, les articles 455 et 456 du code de commerce pourraient être adaptés pour préciser que le curateur est soit un avocat, soit un mandataire de justice figurant sur la liste prévue à la loi de 1971, soit dans des cas exceptionnel une autre personne désignée par le tribunal.

Après discussion les membres de la Sous-commission décident de modifier en ce sens les articles afférents du projet de loi (article 66 et 86, point 9) – article 455 du Code de commerce ; suppression du point 10) – article 456 du Code de commerce et du point 13) – article 459 du Code de commerce) et d'amender la loi précitée du 7 juillet 1971. Une proposition de libellés amendés sera communiquée aux membres de la Sous-commission.

Point 23) – article 484 du Code de commerce

Il est proposé d'amender, sous réserve de vérifications ultérieures, le libelle de l'article 484 du Code de commerce.

Ainsi, il est proposé que le curateur de la faillite appelle le failli pour être présent lors des opérations de clôture et d'arrêt des livres et écritures.

Il est proposé d'ajouter un nouveau dernier alinéa autorisant le tribunal de commerce, sur requête du curateur de la faillite, dans le cas de figure

- (i) où le bilan et les autres pièces tels que prescrits à l'endroit de l'article 441 du Code de commerce n'ont pas été déposés lors de l'aveu de la cessation de paiement, ou
- (ii) lorsque la vérification du bilan et des autres pièces prescrits par l'article 441 du Code de commerce a fait apparaître la nécessité de redressements significatifs,

à condamner les administrateurs et gérants de la personne morale faillie au paiement des frais de confection du bilan. En effet, chaque commerçant est de par la loi obligée à tenir une comptabilité régulière.

Le libellé amendé prendrait la teneur suivante :

« Art. 484.

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

Les curateurs procéderont immédiatement à la vérification et la rectification du bilan. S'il n'a pas été déposé, ils le dresseront, à l'aide des livres et papiers du failli et des renseignements qu'ils pourront se procurer, et ils le déposeront au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

Pour autant que l'actif soit suffisant pour en couvrir les frais, les curateurs peuvent, avec l'accord du juge-commissaire qui statue par voie d'ordonnance, s'adjoindre le concours d'un comptable ou expert-comptable en vue de la confection du bilan.

Lorsque le bilan et les autres pièces prévues à l'article 441 n'ont pas été déposés lors de l'aveu de la cessation des paiements ou lorsque leur vérification a fait apparaître la nécessité de redressements significatifs, le tribunal peut, sur requête des curateurs, condamner solidairement les administrateurs et gérants de la personne morale faillie au paiement des frais de confection du bilan. »

Point 24) – articles 487-1, 487-2 nouveau et 487-3 nouveau du Code de commerce

Le Conseil d'Etat avait fait observé que « 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 ».

Les membres de la Sous-commission discutent sur les points suivants :

- les conséquences éventuelles d'une abrogation de la loi du 15 mars 1892 sur la procédure en debet ;
- le transfert des dispositions de la loi précitée dans le Code de commerce ;
- l'impact éventuel d'une abrogation de la loi précitée sur le financement de l'assistance judiciaire, ainsi que sur certaines dispositions applicables en matière budgétaire ;
- l'opportunité d'une adaptation et d'une modernisation de la terminologie utilisée.

Après avoir effectué des recherches en la matière, il est décidé, sous réserve de modifications ultérieures, d'abroger la loi du 15 mars 1892 sur la procédure en debet en matière de faillite et de modifier les dispositions de l'article 487-1 de la manière suivante :

« Art. 487-1.

Lorsque l'actif **d'une de la** faillite est présumé insuffisant pour couvrir les frais de procédure de la faillite, le **tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale d'office ou sur** la requête du curateur, ~~juge peut ordonner~~ **ordonnera, soit d'office la prise en charge des frais la gratuité** de la procédure, **dont notamment le jugement de déclaration de la faillite, celui rendu sur opposition au dit jugement, celui déterminant**

spécialement l'époque de la cessation des paiements, la publication de ces jugements, l'apposition et la levée des scellés, l'inventaire, le procès-verbal de la vérification des créances, le procès-verbal tenu en vertu de l'art. 533 du code de commerce, et le jugement sur l'excusabilité du failli, ainsi que pour les sommations faites à ce dernier.

Ce bénéfice sera également accordé pour les actes et les procédures conservatoires jusqu'à l'expiration du délai de quarante jours à partir du jugement déclaratif de la faillite.

Si la prise en charge des frais de la procédure est accordée d'office ou sur requête du curateur, elle a un effet rétroactif jusqu'au jugement de la déclaration de faillite.

Dans ce cas, le curateur peut requérir le juge-commissaire de lui accorder par voie d'ordonnance 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 débet.**

Dans le cas des faillites dépourvues d'actif mais dans le cadre desquelles des déclarations salariales doivent être traitées, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, **sur demande du curateur et après avoir entendu le juge-commissaire en son rapport, accorde un supplément forfaitaire et en détermine le montant.**

L'administration de l'enregistrement, sur 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. »

Nouveau Point 24)bis – insertion de l'article 487-2 nouveau dans le Code de commerce

« Art. 487-2.

Sous réserve de modifications ultérieures, le libellé sous rubrique prend la teneur suivante :

Par le même jugement qui admet la prise en charge des frais de la procédure, le tribunal désignera l'avocat- avoué et l'huissier chargés, le cas échéant, de prêter gratuitement leur ministère.

Il en est fait mention dans tous les jugements, actes et procès-verbaux de la faillite. Les pièces soumises à la formalité du timbre et de l'enregistrement ainsi que les droits de greffe sont également pris en charge. »

Nouveau Point 24)ter – insertion de l'article 487-3 nouveau dans le Code de commerce

Sous réserve de modifications ultérieures, le libellé sous rubrique prend la teneur suivante :

« Art. 487-3.

Si l'actif est insuffisant pour couvrir tous les frais résultant des formalités, procédures et actes énumérés dans les articles 487-1 et 487-2 1^{er}-et-2, ils seront remboursés par privilège, dans l'ordre suivant:

1° les avances faites par le Trésor en vertu de l'art. 2 487-1 précité;

2° les débours des curateurs;

les actes, vacations et frais de voyage du greffier de la justice de paix, du greffier

3° du tribunal, de l'avocat-avoué et de l'huissier, et éventuellement les frais de voyage du juge-commissaire et du juge de paix;

4° les honoraires du curateur;

5° des salaires revenant aux conservateurs des hypothèques;

6° les droits dus au Trésor public.

S'il y a concours dans le même ordre, le paiement se fera au marc le franc. »

Point 26) – Article 491 du Code de commerce

Les modifications apportées initialement à l'article 491 sont supprimées :

« **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, 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. »

Point 16) - Article 466 du Code de commerce

Sous réserve de modifications ultérieures, l'article 466 est amendé comme suit :

« **Art. 466.** Par le jugement qui déclarera la faillite, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale nommera un juge-commissaire et ordonnera l'apposition des scellés. Il désignera un ou plusieurs curateurs, selon la nature et l'importance de la faillite. Il ordonnera aux créanciers du failli de faire au greffe la déclaration de leurs créances dans un délai **de forclusion de six mois qui ne pourra excéder trois mois** à compter du jugement déclaratif, **sans préjudice de l'application de l'article 499** et il indiquera les journaux dans lesquels ce jugement et celui qui pourra fixer ultérieurement l'époque de la cessation de paiement seront publiés, conformément à l'article 472.

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.

Au cas où l'actif ne serait pas suffisant pour payer les frais et honoraires de la faillite, il est procédé à la première vérification de créances fixée dans le jugement de faillite ainsi que, le cas échéant, à la vérification des créances salariales.

~~Le même jugement désignera les jours et heures auxquels il sera procédé, au tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, à la première vérification des créances et aux débats sur les contestations à naître de cette vérification. Ces jours seront fixés de manière à ce qu'il s'écoule cinq jours au moins et vingt jours au plus entre l'expiration du délai accordé pour la déclaration des créances et la vérification des créances, et un intervalle semblable entre cette vérification et les débats sur les contestations.~~ »

Point 31) - Article 496 du Code de commerce

Les membres de la Sous-commission proposent, sous réserve de modifications ultérieures, d'amender le libellé comme suit :

« **Art. 496.** Les créanciers du failli sont tenus de déposer au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale la déclaration de leurs créances avec leurs titres, dans le délai fixé au jugement déclaratif de la faillite. Le greffier en tient état et en donne récépissé.

Les créanciers sont avertis à cet effet par les publications et affiches prescrites par l'article 472 pour la première vérification. Ils le sont, pour toute vérification ultérieure, par courriers que les curateurs leur adressent aussitôt qu'ils sont connus. Ce courrier indique les jours et heures fixés pour la vérification des créances. En cas de débats de contestations à naître de cette vérification, les créanciers sont convoqués par voie de recommandé.

A cet effet, les créanciers, ainsi que le failli ou les dirigeants de la société sont tenus d'aviser les curateurs de tout changement d'adresse. A défaut, les convocations, toutes significations et toutes informations sont consées valablement faites à la dernière adresse que l'intéressé a communiquée aux curateurs.

Pour les créanciers qui n'ont pas élu domicile dans la commune où siège le tribunal, la convocation se fait au greffe du tribunal compétent.»

Point 32) - Article 497 du Code de commerce

Les membres de la Sous-commission proposent, sous réserve de modifications ultérieures, d'amender le libellé comme suit :

« Art. 497. S'il existe des créanciers, résidant ou domiciliés hors du Grand-Duché, à l'égard desquels le délai fixé par le jugement déclaratif de la faillite serait trop court, le juge commissaire le prolongera à leur égard selon les circonstances; il sera fait mention de cette prolongation dans les circulaires adressées à ces créanciers, conformément à l'article 496.

Toutes les procédures intéressant la masse dans lesquelles le failli est impliqué et qui sont pendantes à la date de la faillite sont suspendues de plein droit jusqu'à ce que la vérification des déclarations de la créance ait eu lieu. Elles restent suspendues jusqu'après le dépôt du premier procès-verbal de vérification sauf si le curateur reprend les procédures dans l'intérêt de la masse.

Si la créance ainsi déclarée est admise dans le premier procès-verbal de vérification, les procédures pendantes précitées deviennent sans objet.

Si la créance ainsi déclarée est contestée ou réservée, le curateur est censé reprendre les procédures pendantes, au moins pour que soit tranchée la partie contestée. »

Point 34) - Article 499 du Code de commerce

Les membres de la Sous-commission proposent, sous réserve de modifications ultérieures, de supprimer l'article sous rubrique :

« Art. 499. La déclaration contient, de la part du créancier non domicilié dans la commune où siège le tribunal, élection du domicile dans cette commune.

A défaut d'avoir élu domicile, toutes significations et toutes informations peuvent leur être faites ou données au greffe du tribunal.

A titre exceptionnel, en cas de défaillance du créancier de produire sa déclaration dans le délai prévu dans le jugement déclaratif de faillite, le créancier peut

la produire après l'écoulement de ce délai et ce au plus tard dans l'année qui suit la publication du jugement de faillite dans les journaux désignés par le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale dans le prèdit jugement.

Dans ce cas, une vérification additionnelle de déclarations de créance ne se fait qu'en cas de présence d'actifs suffisants. »

Point 37) - Article 502 du Code de commerce

Les membres de la Sous-commission proposent, sous réserve de modifications ultérieures, d'amender le libellé comme suit :

« **Art. 502.** Dans la séance fixée pour la vérification, toute créance déclarée qui est contestée ou qui n'a pas encore été admise est examinée contradictoirement. Les curateurs signent sur le titre de chacune des créances admises et non contestées la déclaration suivante: Admis au passif de la faillite de ... pour la somme de ... le ...
Le juge-commissaire vise la déclaration. il renvoie au tribunal toutes les contestations relatives aux créances non admises. Toutefois, Ss'il y a des contestations qui, à raison de la matière, ne sont pas de la compétence du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, elles sont renvoyées devant le juge compétent, pour la décision du fond, et devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, pour y être statué, conformément à l'article 504. »

Point 39) – Article 504 du Code de commerce

Les membres de la Sous-commission examinent l'opportunité d'apporter des précisions additionnelles sur les modalités d'introduction de la demande de contestation devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. Une mise en balance des avantages et désavantages inhérents aux différents actes introductifs d'instances est également analysée.

Les membres de la Sous-commission proposent, sous réserve de modifications ultérieures, d'amender le libellé comme suit :

« **Art. 504.** Les débats sur les contestations ont uniquement lieu sur demande du créancier dûment averti par voie de recommandé que sa déclaration a été contestée dans le cadre d'une vérification de créances.

Le créancier doit en faire la demande par voie de requête auprès du greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. La requête doit contenir la motivation sur base de laquelle le créancier estime que sa déclaration devrait être admise. La requête est portée à la connaissance du curateur par le greffe. Une date pour les débats est fixée et le créancier en est informé par le greffe.

Les débats sur les contestations qui sont de la compétence du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale 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, ~~soit par le jugement déclaratif~~ pour les débats sur les contestations, ~~soit~~ par le greffe sur demande du créancier, le juge-commissaire ~~faitera~~ son rapport, et le tribunal ainsi saisi, ~~statue par jugement sur les contestations, sans attendre l'expiration des délais qui auront été prolongés en vertu de l'article 497, procédera sans citation préalable, par urgence, toutes affaires cessantes, et, s'il est possible, par un seul jugement, à la décision de toutes les contestations relatives à la vérification des créances.~~ Ce jugement sera rendu après avoir entendu contradictoirement, s'ils se présentent, les curateurs, le failli et les créanciers opposants et déclarants.

Les contestations qui ne pourront recevoir une décision immédiate seront disjointes; celles qui ne seront pas de la compétence du tribunal seront renvoyées devant le juge compétent. ~~Le tribunal pourra toutefois, dans l'un et l'autre cas, décider par provision que les créanciers contestés seront admis dans les délibérations pour la formation du concordat, pour une somme qui sera déterminée par le même jugement. S'il ne statue pas à cet égard, les créanciers contestés ne pourront prendre part aux opérations de la faillite tant qu'il ne sera intervenu de décision sur le fond de la contestation.~~

Aucune opposition ne sera reçue contre le jugement porté en exécution du présent article, ni contre ceux qui statueront ultérieurement sur les contestations disjointes. Le jugement qui prononcera une admission provisionnelle de créanciers contestés ne sera, en outre, susceptible ni d'appel ni de requête civile. »

Point 40) – Article 507-1 du Code de commerce

Le libellé de l'article 507-1, alinéa 2 du Code de commerce sera intégré à l'article 466 du Code de commerce.

Partant un article 507-1 nouveau du Code de commerce ne sera pas ajouté au code de commerce et le point 40) de l'article 86 du projet de loi supprimé.

Point 46) - Article 536 du Code de commerce

Les membres de la Sous-commission examinent les modalités applicables à la réhabilitation du commerçant, personne physique. Dans le cas de figure du commerçant dont la faillite résulte d'événements malheureux et si le failli a fait preuve de bonne foi dans le cadre de la gestion de son activité, une réhabilitation de ce dernier devrait être envisagée. La terminologie à employer au sein du libellé, ainsi que la divergence avec le commerçant, personne morale, dont la liquidation est ordonnée à la suite d'un jugement déclaratif de faillite, est également discutée. Il est renvoyé à la terminologie employée dans le cadre de la loi sur le surendettement des personnes physiques¹ et à la volonté d'encourager l'entrepreneuriat.

Le délai de réhabilitation de sept années qui suit le jugement de clôture pour insuffisance d'actif et la comparaison de ce délai par rapport au délai de réhabilitation prévu au sein de

¹ Loi du 8 janvier 2013 concernant le surendettement et portant modification

1. de l'article 2016 du Code civil;

2. de l'article 536 du Code de commerce et portant abrogation

3. de la loi modifiée du 8 décembre 2000 sur le surendettement ;

4. de l'article 41 de la loi du 21 décembre 2001 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2002;

5. de l'article 4.6° du Nouveau Code de procédure civile.

² cf. COM(2016) 723 final

certaines législations étrangères, ainsi que le délai maximal inscrit au sein de la loi sur le surendettement du 8 janvier 2013 sont également discutés. A ce sujet, il est précisé que de nombreuses personnes tombent dans le champ d'application de la loi précitée, en raison d'un cautionnement ou d'un engagement d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société.

Plusieurs membres de la Sous-commission estiment que la durée de sept années risque de s'avérer trop longue et non propice à la promotion de l'entrepreneuriat. Il est également renvoyé au délai de réhabilitation aux conditions applicables à une telle réhabilitation, prévus au sein de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 22 novembre 2016² relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE.

Les membres de la Sous-commission proposent de réduire la durée de réhabilitation initialement prévue de sept années à une durée de 3 années, sans préjudice du libellé finalement retenu au sein de la future directive en matière de procédures de restructuration et d'insolvabilité.

Sous réserve de modifications ultérieures, il est proposé d'amender l'article 536 comme suit :

« **Art. 536.** Si, au plus tôt six mois à compter du jugement déclaratif de faillite quelque époque que ce soit, avant la convocation des créanciers pour délibérer sur le concordat, il est reconnu que l'actif ne suffit pas pour couvrir les frais présumés d'administration et de liquidation de la faillite, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale pourra, sur le rapport du juge-commissaire, prononcer, même d'office, la clôture des opérations de la faillite. Dans ce cas, les créanciers rentreront dans l'exercice de leurs actions individuelles contre la personne et les biens du failli déclaré banqueroutier simple ou frauduleux.

Lea failli personne physique qui n'a pas été déclarée banqueroutier simple ou frauduleux, peut être est déchargée par le tribunal des dettes existant au moment de la clôture s'il elle est malheureuxse et de bonne foi.

Nonobstant les dispositions de l'alinéa précédent, le failli personne physique peut être poursuivi en cas de retour à meilleure fortune dans les sept- trois années qui suivent le jugement de clôture pour insuffisance d'actif.

Le failli qui n'a pas été déclaré banqueroutier simple ou frauduleux, ne peut plus être poursuivi par ses créanciers, sauf retour du failli à meilleure fortune dans les sept années qui suivent le jugement de clôture pour insuffisance d'actif.

L'exécution du jugement qui aura prononcé cette clôture sera suspendue pendant un mois.

Le failli ou tout autre intéressé pourra, à toute époque, le faire rapporter par le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale en justifiant qu'il existe des fonds suffisants pour faire face aux opérations de la faillite, ou en faisant verser à la caisse des consignations une somme suffisante pour y pourvoir. Dans tous les cas, les frais des poursuites exercées en vertu du présent article devront être préalablement acquittés. »

² cf. COM(2016) 723 final

Point 49) - Titre II. Des banqueroutes

Le point 49) est supprimé. Il y a lieu de procéder à l'abrogation du Titre II du Code de commerce:

« Titre II. — Des banqueroutes »

Le titre II est transféré au Code pénal aux articles 489 et suivants.

Points 50) à 63) – articles 573, 574, 575, 576, 578, 579, 580, 581, 583, 584 et 591 du Code de commerce

Quant à la forme, le Conseil d'Etat, dans son avis du 1^{er} décembre 2015, a fait observer que « [d]une façon plus générale, le Conseil d'État se demande encore si la loi en projet ne pourrait pas servir de cadre pour intégrer l'ensemble des dispositions sur la banqueroute dans le Code pénal. Il n'est pas de bonne technique législative de faire figurer les éléments constitutifs de l'infraction dans le Code de commerce et les peines dans le Code pénal, ceci d'autant plus que le tribunal siégeant en matière commerciale ne constate pas les éléments de la banqueroute. Au contraire, c'est le juge pénal qui examine, d'abord, l'existence de l'état de faillite, et cela sans devoir s'en tenir aux constats du juge de commerce, pour ensuite examiner les éléments constitutifs d'une banqueroute [...]. »

Les membres de la Sous-commission estiment qu'il serait judicieux de suivre la recommandation du Conseil d'Etat et d'intégrer les dispositions sous rubrique dans le Code pénal.

Point 50 – Article 573 du Code de commerce

Quant au fond de l'article sous rubrique, il est précisé que le législateur belge a inséré dans sa législation l'ajout suivant : « *dans l'intention de retarder la faillite, a payé ou favorisé un créancier au préjudice de la masse* ».

Les membres de la Sous-commission décident d'intégrer une disposition similaire dans le libellé sous rubrique, afin de contrecarrer le risque d'abus en matière de recours aux conventions amiables conclues durant la période suspecte.

Titre 4 – Dispositions diverses et modificatives

Il est proposé de modifier et de compléter la section première du chapitre II du titre IX du livre II du Code pénal par les dispositions suivantes :

Article 87 – modification de l'article 489 du Code pénal

« Art. 489. Ceux qui, dans les cas prévus par le Code de commerce, seront déclarés coupables de banqueroute, seront condamnés à un emprisonnement d'un mois à deux ans. Les banqueroutiers pourront, de plus, être condamnés à l'interdiction, conformément à l'article 24. »

Est déclaré banqueroutier simple et puni d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 251 à 25.000 euros, tout commerçant failli **ou dirigeant de droit**

ou de fait d'une société commerciale en état de faillite qui se trouvera dans l'un des cas suivants:

- 1° si les dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives;
- 2° s'il a consommé de fortes sommes au jeu, à des opérations de pur hasard, ou à des opérations fictives de bourse ou sur marchandises;
- 3° si, dans l'intention de retarder sa faillite, il a fait des achats pour revendre au-dessous du cours; si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulation d'effets, et autres moyens ruineux de se procurer des fonds;
- 4° s'il a supposé des dépenses ou des pertes ou s'il ne justifie pas de l'existence ou de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire **ou bilan** et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement;
- 5° **si, après la cessation de ses paiements,** dans l'intention de retarder la déclaration de faillite, il a payé ou favorisé un créancier au préjudice de la masse.

Les banqueroutiers simples pourront, de plus, être condamnés à l'interdiction conformément à l'article 24.

6° s'il a soustrait en tout ou en partie les livres ou documents comptables visés aux articles 9, 14 et 15 du Code de commerce, ou s'il en a frauduleusement enlevé, effacé ou altéré le contenu;

7° s'il a détourné ou dissimulé une partie de son actif;

8° si, dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, il s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas. »

Article 87)bis – abrogation de l'article 490 du Code pénal

L'article 490 est modifié, suite à l'insertion des dispositions de l'article 574 du Code de commerce dans le Code pénal :

« **Art. 490.**

Est encore déclaré banqueroutier simple et puni de la même peine, tout commerçant failli ou dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale qui se trouve dans l'un des cas suivants:

1° s'il a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables, eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés;

2° si, ayant dérogé par contrat aux dispositions du régime matrimonial légal, il ne s'est pas conformé à l'article 69;

3° s'il n'a pas fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440 du code de commerce; si cet aveu ne contient pas les noms de tous les associés solidaires; si, en le faisant, il n'a pas fourni les renseignements et éclaircissements exigés par l'article 441 du même code, ou si ces renseignements ou éclaircissements sont inexacts;

4° s'il s'est absenté sans l'autorisation du juge-commissaire ou si, sans empêchement légitime, il ne s'est pas rendu en personne aux convocations qui lui ont été faites par le juge-commissaire ou par les curateurs;

5° s'il n'a pas tenu les livres prescrits par l'article 9 du Code de commerce; s'il n'a pas fait l'inventaire exigé par l'article 15 du même code; si ses livres et inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active et passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude. »

Article 87)ter – insertion d'un article 490-1 dans le Code pénal

Il est inséré, sous réserve de modifications ultérieures, un article 490-1 dans le Code pénal libellé comme suit :

« **Art. 490-1.**

Sont condamnés aux peines de la banqueroute simple:

1° ceux qui, dans l'intérêt du failli, ont soustrait, dissimulé ou recelé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles;

2° ceux qui ont frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en leur nom, soit par interposition de personne, des créances supposées ou exagérées;

3° le créancier qui a stipulé, soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite, ou qui a fait un traité particulier duquel résulterait, en sa faveur, un avantage à la charge de l'actif du failli;

4° le curateur qui s'est rendu coupable de malversation dans sa gestion.

Les coupables sont, en outre, condamnés à une amende égale à la valeur des avantages illégalement stipulés ou aux restitutions et dommages et intérêts dus à la masse des créanciers, ~~et qui ne peut être moindre de « 2,5 euros »~~ »

Article 87)quater – insertion d'un article 490-2 dans le Code pénal

Il est inséré, sous réserve de modifications ultérieures, un article 490-2 dans le Code pénal libellé comme suit :

« **Art. 490-2.**

Sont condamnés aux peines de la banqueroute simple, les gérants dirigeants de droit ou de fait des sociétés commerciales qui n'ont pas fourni les renseignements qui leur ont été demandés, soit par le juge-commissaire, soit par les curateurs, ou qui ont donné des renseignements inexacts.

Il en est de même de ceux qui, sans empêchement légitime, ne se sont pas rendus à la convocation du juge-commissaire ou du curateur. »

Article 87)quinquies – insertion d'un article 490-3 dans le Code pénal

Il est inséré, sous réserve de modifications ultérieures, un article 490-3 dans le Code pénal libellé comme suit :

« **Art. 490-3.**

Est déclaré banqueroutier frauduleux et condamné à un emprisonnement de 6 mois à 5 ans et d'une amende de 500 à 50.000 euros, tout commerçant failli ou dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale en état de faillite qui se trouvera dans l'un des cas suivants:

1° s'il a soustrait en tout ou en partie les livres ou documents comptables visés aux articles 9, 14 et 15 du Code de commerce, ou s'il en a frauduleusement enlevé, effacé ou altéré le contenu;

2° s'il a détourné ou dissimulé une partie de son actif;

3° si, dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, il s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas. »

Article 87) sexies – insertion d'un article 490-4 dans le Code pénal

Il est inséré, sous réserve de modifications ultérieures, un article 490-4 dans le Code pénal libellé comme suit :

« Art. 490-4. Dans les cas prévus par l'es articles 490-1 et 490-3 ~~575~~, la Cour ou le tribunal saisi statue, lors même qu'il y aurait acquittement:

1° d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits;

2° sur les dommages-intérêts qui seraient demandés et que le jugement ou l'arrêt arbitrera.

Les conventions seront, en outre, déclarées nulles à l'égard de toutes personnes et même à l'égard du failli.

Le créancier est tenu de rapporter, à qui de droit, les sommes ou valeurs qu'il a reçues en vertu des conventions annulées. »

Article 87) septies – insertion d'un article 490-5 dans le Code pénal

Il est inséré, sous réserve de modifications ultérieures, un article 490-5 dans le Code pénal libellé comme suit :

« Art. 490-5. Dans le cas où l'annulation des actes ou conventions frauduleux mentionnés aux articles ~~575 et 577~~ 490-1 et 490-3 serait poursuivie par la voie civile, l'action sera portée devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale dans le ressort duquel la faillite s'est ouverte. »

Article 87) octies – insertion d'un article 490-6 dans le Code pénal

Il est inséré, sous réserve de modifications ultérieures, un article 490-6 dans le Code pénal libellé comme suit :

« Art. 490-6. Les frais de poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse ne pourront être mis à la charge de la masse qu'en cas d'acquittement, lorsque les curateurs, à ce autorisés par une délibération prise à la majorité individuelle des créanciers présents, se seront portés partie civile.

Article 87) nonies – insertion d'un article 490-7 dans le Code pénal

Il est inséré, sous réserve de modifications ultérieures, un article 490-7 dans le Code pénal libellé comme suit :

« Art. 490-7. Tous arrêts ou jugements de condamnation rendus en vertu des articles ~~573 à 578~~ 489 à 490-3 seront affichés et publiés de la manière et suivant les formes établies par l'article 472, et aux frais des condamnés. »

Article 87) decies – insertion d'un article 490-8 dans le Code pénal

Il est inséré, sous réserve de modifications ultérieures, un article 490-8 dans le Code pénal libellé comme suit :

« Art. 490-8. Dans tous les cas de poursuite et de condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse, les actions civiles, autres que celles dont il est parlé à l'article 579-490-4, resteront séparées, et toutes les dispositions relatives aux biens prescrites pour la faillite, seront exécutées, sans qu'elles puissent être attribuées ni évoquées aux tribunaux de police correctionnelle, ni à la Cour d'assises. »

Article 87)undecies – insertion d'un article 490-9 dans le Code pénal

Il est inséré, sous réserve de modifications ultérieures, un article 490-9 dans le Code pénal libellé comme suit :

« Art. 490-9. Seront cependant tenus les curateurs à la faillite de remettre au ministère public les pièces, titres, papiers et renseignements qui leur seront demandés. Ces pièces, titres et papiers seront, pendant le cours de l'instruction, tenus en état de communication par la voie du greffe; cette communication aura lieu sur la réquisition des curateurs, qui pourront y prendre des extraits privés ou en requérir d'authentiques qui leur seront délivrés sur papier libre et sans frais par le greffier. Les pièces, titres et papiers dont le dépôt judiciaire n'aura pas été ordonné, seront, après l'arrêt ou le jugement, remis aux curateurs, qui en donneront décharge. »

Points additionnels

- *Opportunité de prévoir une disposition additionnelle relative à la protection des financements nouveaux, des financements provisoires et d'autres transactions liées à une restructuration*

Il est précisé que le droit belge et la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 22 novembre 2016 relative aux cadres de restructuration préventifs, à la seconde chance et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et d'apurement et modifiant la directive 2012/30/UE, contiennent des dispositions relatives à la protection des financements nouveaux liés à une restructuration d'une entreprise.

Un membre de la Sous-commission se montre sceptique à une telle disposition et estime qu'une disposition spécifique à ce sujet risque de remettre en cause la finalité de la période suspecte.

Plusieurs membres de la Sous-commission renvoient aux dispositions applicables à la gestion contrôlée, durant laquelle des financements reçus sous le contrôle d'un commissaire sont considérés comme étant des dettes en dehors de la masse. Ils estiment qu'une disposition spécifique à ce sujet permettrait d'accroître la sécurité juridique et d'assurer une plus grande efficacité du mécanisme de la restructuration des entreprises.

Une proposition de libellé sera présentée lors d'une prochaine réunion.

- *Procédure de dissolution administrative sans liquidation*

Il y a lieu de rappeler que le dispositif sous rubrique vise essentiellement à créer une procédure allégée par rapport à la procédure de liquidation actuelle et vise à désengorger les juridictions. La question du droit d'initiative du lancement de la procédure de dissolution des entreprises sans liquidation avait fait l'objet d'un échange de vues approfondi avec les membres de la Commission juridique du Conseil d'Etat en date du 26 octobre 2016. Les auteurs du projet de loi avaient proposé de confier ce droit d'initiative au procureur d'Etat, en tant qu'autorité judiciaire. Cependant, il serait également envisageable de confier ce droit d'initiative à une autorité administrative. Dans ce dernier cas de figure, le ministre compétent devrait prendre un arrêté ministériel ordonnant le lancement de la procédure de dissolution administrative sans liquidation. La question d'une voie de recours appropriée à l'encontre de la décision ministérielle se pose néanmoins.

Les membres de la Sous-commission estiment qu'il serait opportun de confier ce droit d'initiative au procureur d'Etat. Une argumentation détaillée en faveur du maintien d'un tel droit d'initiative entre les mains du procureur d'Etat figurera au sein du commentaire des articles.

2. Divers

La réunion de la Sous-commission PMCJ du vendredi 14 avril 2017 de 14.00 à 16.00 est annulée.

Luxembourg, le 13 avril 2017

Le Secrétaire-administrateur,
Laurent Besch

Le Président,
Franz Fayot