

N° 6539A⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2022-2023

PROJET DE LOI

**relative à la préservation des entreprises et portant
modernisation du droit de la faillite, modifiant:**

- 1° le livre III du Code de commerce ;**
- 2° le livre II, titre IX, chapitre II, section Ière du Code pénal ;**
- 3° les articles 257 et 555 du Nouveau Code de Procédure civile ;**
- 4° la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ;**
- 5° la loi uniforme modifiée sur les lettres de change et billets à ordre, telle qu'elle a été introduite dans la législation nationale par la loi du 8 janvier 1962 ;**
- 6° la loi modifiée du 7 juillet 1971 portant, en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes, de conciliateurs d'entreprise et mandataires de justice assermentés et complétant les dispositions légales relatives à l'assermentation des experts, traducteurs et interprètes ;**
- 7° la loi modifiée du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance ;**
- 8° la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat ;**
- 9° 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 ;**
- 10° la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière**

* * *

AVIS DE L'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE LUXEMBOURG

(14.6.2023)

Le présent avis du Conseil de l'Ordre des avocats à Luxembourg prend appui sur le projet de loi n°6539A relatif à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite tel que déposé par dépêche du Président de la Chambre des Députés au Président du Conseil d'Etat le 14 mars 2022 et contenant un texte coordonné du projet de loi (« le **Projet** »).

*

INTRODUCTION

Le gouvernement au travers de son projet de loi 6539 A entend à la fois rendre la législation actuelle du droit de la faillite conforme à la Directive UE 2019/1023 du Parlement européen et du conseil du 20 juin 2019 (la « **Directive** ») et moderniser ce droit en vue de sauvegarder les entreprises en difficultés dans le but de protéger le patrimoine économique du pays, de maintenir les salariés dans leurs emplois et de réduire le nombre de faillites.

Le Projet complétera le droit des procédures collectives qui comprennent notamment le droit de la faillite stricto sensu et également les mesures préventives de faillite actuellement en vigueur.

Le Projet se limite aux procédures collectives commerciales. Pour certains aspects il vise également les professions libérales¹.

Les procédures collectives peuvent être définies comme l'ensemble des procédures dans lesquelles le règlement des dettes et la liquidation éventuelle des biens du débiteur ne sont pas abandonnés à l'initiative individuelle de chaque créancier, mais organisés de façon collective afin de permettre à l'ensemble des créanciers de faire valoir leurs droits en fonction de leur rang de préférence².

Leur finalité est de permettre aux créanciers d'un débiteur d'assurer une distribution égalitaire de tous les actifs du débiteur aux créanciers de celui-ci, sous respect des privilèges³, tout en protégeant les créanciers contre la fraude du débiteur et l'ordre public du commerce⁴. Dépendant de la gravité de la situation, le débiteur peut soit rester en place, soit être assisté ou remplacé par une personne de confiance – mandataire de justice⁵.

Ces procédures s'inscrivent toutes dans un souci du législateur de prendre en compte les aléas du commerce/de l'activité économique, non seulement quant au principe même, mais également au fil du temps.

Quand le législateur vise l'aléa portant sur le principe même du commerce poursuivi, touchant ainsi la survie du commerce, il sacrifie en principe⁶ l'existence du commerce à la satisfaction des créanciers. En droit commun, la procédure y relative est la faillite.

Sa connotation négative, le dessaisissement du débiteur et l'incidence de cette procédure sur les chances de sauvegarde de l'activité économique ont fait que les autorités ont, depuis la mise en place de cette législation, cherché des moyens d'éviter la procédure de faillite en tentant de trouver un juste équilibre entre les droits des créanciers et les intérêts du débiteur, ainsi que les intérêts du maintien de l'activité économique.

Quand l'aléa pris en compte vise le développement et l'évolution du commerce au fil du temps sans en affecter la substance, le législateur doit allier les besoins de la survie du commerce avec ceux relatifs à la satisfaction des créanciers. En fonction des besoins historiques de chaque époque, il met en place des procédures collectives destinées à éviter la procédure de faillite. En droit commun, elles sont actuellement au nombre de quatre : le concordat amiable, le sursis de paiement⁷ de « droit commun »⁸, le concordat préventif de faillite⁹ et la gestion contrôlée¹⁰ de « droit commun »⁸.

Suite aux développements du commerce et sous l'effet de l'augmentation continue du nombre des procédures de faillites, l'opinion politique actuelle est de nouveau entrée dans une approche de

1 le terme de « commerce » inclut ici la notion d'activité commerciale, d'entreprise au sens d'une activité spécifique
 2 Maître Bruno Bédaride (2013) Procédure collective dans <http://www.bruno-bedaride-notaire.fr/fr/p/-/procedure-collective/lexique-juridique-et-fiscal-de-bedaride-notaire-d-affaires.html>
 3 I. Verougstraete, Manuel de la faillite et du concordat, Edition 2003, n°387, p.260 ; articles 2093, 2095 et suivants ainsi que lois spéciales prévoyant des privilèges
 4 André Cloquet, les Nouvelles, Droit Commercial, Tome IV, les Concordats et la Faillite, 3ème éd., n°1019
 5 à remarquer que le terme de « mandat de justice » ne se réfère pas au concept du mandat au sens du droit civil, I. Verougstraete, Manuel de la faillite et du concordat, Edition 2003, p.261, note 6.
 6 Malgré le fait que la législation sur la faillite permet au commerçant de s'en « sortir » sans trop de dommage d'une procédure de faillite via le concordat de faillite, la réhabilitation après clôture de faillite et la clôture faute de passif.
 7 En ce qu'il est réglementé par les articles 593 et suivants du Code de commerce, tel que modifiés
 8 Par opposition au sursis de paiement prévu par des législations spécifiques visant notamment certaines branches d'activités du secteur financier.
 9 en ce qu'il est réglementé par la loi du 14 avril 1886, telle que modifiée
 10 En ce qu'elle est réglementée par l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 complétant la législation relative aux sursis de paiement, au concordat préventif de faillite et à la faillite par l'institution du régime de la gestion contrôlée

tentative de réduction du nombre des faillites¹¹, qui sont perçues comme étant le signe d'un marché économique qui faiblit et dont la survenance annonce régulièrement des cessations d'activités et des pertes d'emplois.

Or et indépendamment de tous les désavantages d'une procédure de faillite et surtout de son effet annonciateur de mauvaises nouvelles et de la possible inadéquation des mesures actuellement en place tendant à éviter les procédures de faillites, il ne faut pas oublier que les procédures collectives ne sont en général que la manifestation, le « messenger » en quelque sorte, d'un malaise plus profond de l'économie qu'une réforme du droit des procédures collectives n'est pas à même de résoudre. Par ailleurs, la « faillite », mal nécessaire, joue également un rôle régulateur important dans un marché économique, ayant des effets modérateurs, de rééquilibrage, de refinancement, de réduction de concurrence déloyale et de « nettoyage » du marché¹². Elle est en quelque sorte un sélecteur « naturel » de l'économie.

Il ne faut en effet pas se méprendre, le nombre des procédures de faillites est le symptôme et non la cause des difficultés économiques. Vouloir dans ce cas réduire à tout prix le nombre de faillites par une loi visant la procédure collective serait un contre-sens. Au contraire, si l'on veut réduire le nombre de procédures de faillite, il faut agir sur le fonctionnement de l'économie, le nombre des faillites s'auto-régulera en conséquence.

Le Projet tente d'agir sur les symptômes par des procédures collectives visant à éviter la « faillite ». Il est vrai que la législation actuelle n'est pas des plus récentes et ce tant en ce qui concerne la procédure de faillite que les procédures visant à éviter la faillite et que nos pays voisins se sont dotés depuis longue date de textes plus modernes¹³. Il faut néanmoins se poser la question si cette réforme est à tous égards opportune et adaptée. L'expérience des pays voisins n'est certainement pas univoque.

Plus fondamentalement, les praticiens des procédures collectives peuvent attester de ce que, dans l'immense majorité des « cas de faillite », il est absolument justifié et nécessaire que le commerçant, objet de la procédure de faillite, soit mis à l'écart du commerce en général, et ce indépendamment des raisons d'être de son échec.

Si sur un plan juridique la majorité des « cas de faillite » ne peut pas être qualifiée de « frauduleux » au sens juridique strict, il reste néanmoins que cette même majorité des cas révèle des cas d'activités déloyales, mal organisées, sous-financées et/ou malhonnêtes. La procédure de faillite est en quelque sorte un des éléments du système immunitaire qui débarrasse l'organisme, représenté par l'économie du pays, d'opérateurs de l'économie ou parties de ceux-ci qui sont « malades » et qui risquent de « contaminer » d'autres opérateurs. Ce n'est pas seulement le fait qu'un opérateur est actuellement incapable de régler ses dettes, mais également la continuation de son entreprise qui crée ainsi un dommage continué aux autres opérateurs, actuellement et à l'avenir.

Si on peut comprendre le souhait exprimé par certains organes du commerce de favoriser l'entreprenariat par l'allègement des besoins de financement initial, dont la création de sociétés au capital initial à l'euro symbolique¹⁴, il n'en reste pas moins que les frais d'entreprise sont importants et que le flux financier généré en début d'activité est nécessairement réduit.

Ce sous-financement initial risque ainsi d'aboutir à une déclaration en faillite.

Par ailleurs, les deux éléments déclencheurs de ce souhait politique de réforme, à savoir la tendance générale du marché économique et le nombre de faillites au Luxembourg, ne sont guère des indicateurs

11 Programme gouvernemental, 4 décembre 2013, La réforme de la législation en matière de faillites et de gestion contrôlée constitue une priorité, p.15 et p.52 et suivants dans <http://www.gouvernement.lu/3322796/Programme-gouvernemental.pdf>

12 cf. notamment les notes du conseil d'analyse économique, n°7, juin 2013, Les enjeux économiques du droit des faillites dans <http://www.cae-eco.fr/IMG/pdf/cae-note007.pdf>

13 En France les principales réformes ont été introduites successivement par la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, la loi n°85-98 du 15 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises ainsi que par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. En Belgique les principales réformes sont celles introduites par la loi du 8 août 1997 sur les faillites et par la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises.

14 Loi du 23 juillet 2016 modifiant, en vue d'instituer la société à responsabilité limitée simplifiée: 1. la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales; et 2. 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 ; proposé p.ex. par la Chambre de Commerce, Actualité & tendances n°8, janvier 2011, Une société à responsabilité limitée simplifiée pour soutenir la croissance, p. 35, quitte à ce qu'il y ait une obligation de capitalisation sur 5 ans dans http://www.cc.lu/uploads/tx_userccpublications/A_T_8.pdf et Actualité & tendances n°15, 6 novembre 2011, Entreprise Luxembourg 3.0 – Un plan AAA pour le Luxembourg : Ambition, Anticipation, Assainissement dans <http://www.cc.lu/actualites/detail/entreprise-luxembourg-30-un-plan-aaa-pour-le-luxembourg-ambition-anticipation-assainissement/>

fiables pour présenter la situation réelle. Le nombre de faillites est largement faussé par le fait que les autorités étatiques, créancières d'entreprises¹⁵, ont augmenté considérablement les recouvrements depuis le début des années 2000 avec une pause marquée pendant les années de la crise sanitaire du Covid19.

S'il va de soi qu'il faut tenter d'agir sur ce marché en réinventant le marché luxembourgeois face au développement des places financières mondiales, la situation du marché économique luxembourgeois n'est que la conséquence d'une situation généralisée dans la partie du monde dont le Luxembourg fait partie.

Il est vrai que les procédures collectives actuelles de droit commun destinées à éviter la procédure de faillite sont en quasi désuétude, seule la procédure de la gestion contrôlée connaissant une application très limitée.

Il faudrait cependant analyser pourquoi les mesures préventives de faillite actuelles sont en désuétude et pourquoi elles ne rapportent pas le résultat escompté.

Sauver les entreprises en difficultés met en concurrence la protection de l'ordre public, la protection de l'économie, la sécurité juridique, l'intérêt du débiteur-entrepreneur et la protection de ses co-contractants et créanciers, parmi lesquels il faut compter les autorités étatiques, les salariés, les prêteurs de fonds, les clients et les fournisseurs. Sauver une entreprise nécessite de trouver le juste équilibre entre ces éléments.

Selon l'expérience des praticiens, la sauvegarde d'une entreprise est rendue difficile voire souvent impossible par la protection spéciale d'autres intérêts (dont notamment ceux des salariés) et, par ailleurs, l'absence de sources de liquidités.

Le statut du salariat est généralement intouchable en cas de réorganisation de l'entreprise. Le coût y relatif pèse sur le budget de la restructuration.

Il est illusoire de vouloir sérieusement envisager des mesures en vue de la sauvegarde des entreprises en difficultés dans le but de protéger le patrimoine économique du pays et de maintenir les salariés dans leurs emplois si en même temps les droits des salariés sont intouchables.

Notons pour être complets qu'un nouveau projet de la Directive sur l'harmonisation de certains aspects de la législation en matière d'insolvabilité¹⁶ entraîne, à terme, l'obligation pour l'Etat luxembourgeois d'adapter une nouvelle fois sa législation sur les procédures collectives.

Si le Projet fait tendre le pendule de l'équilibre des procédures collectives vers une protection accrue du débiteur, le projet de la nouvelle Directive basculera le pendule vers la protection accrue des créanciers.

De multiples interventions législatives l'une suite à l'autre seraient néfastes pour l'économie du pays et la pratique du droit des procédures collectives.

Option exercée par le gouvernement

La Directive a laissé ouvertes un certain nombre d'options au gouvernement dont celle de la « seconde chance », comme le gouvernement souhaite l'exercer, le droit national requiert, dans certaines limites, une adaptation.

Le concept de la seconde chance se définit actuellement par la possibilité pour l'entrepreneur en situation de déconfiture d'obtenir une extinction de ses dettes et de redémarrer une nouvelle activité économique.

La définition de ce concept et son encadrement légal demandent néanmoins qu'une réflexion soit menée par rapport à sa mise en oeuvre.

En effet, une extinction des dettes implique non seulement une intervention législative lourde dans le droit contractuel des parties, qui reste régi par la liberté contractuelle et le consentement mutuel, mais également dans les droits économiques des créanciers qui se voient éteindre leurs droits de créance contre leur volonté.

¹⁵ par l'effet des créances d'impôts (directs et indirects) et de cotisations sociales

¹⁶ projet de directive 2022/0408(COD) sur l'harmonisation de certains aspects de la législation en matière d'insolvabilité

Il faut ainsi se rendre à l'évidence que l'existence d'une seconde chance multipliera les exigences des créanciers en matière de sûretés, immunisés contre les effets de la faillite, mais augmentera également le coût des opérations commerciales. Il ne faut pas non plus oublier que le droit positif actuel contient déjà des concepts analogues à la seconde chance quitte à ce que ce soit sous forme d'accord consensuel ou majoritaire et ce notamment dans le cadre du concordat amiable, du concordat préventif de faillite ou encore du concordat dans la procédure de faillite.

Ces concepts existant en droit positif sont très largement tombés en désuétude. La raison n'est pas un accès difficile à ces protections judiciaires, mais une absence de volonté du commerce de faire appel à ces concepts et donc d'accepter la « seconde chance ».

Il semble également inconcevable comme certains le préconisent, que l'on puisse utiliser le concept de la seconde chance pour les personnes morales¹⁷ dans le sens qu'il n'y a aucune raison objective d'une part de laisser un dirigeant qui n'était pas capable de gérer utilement son entreprise en situation difficile et d'organiser un accord de ses créanciers à la tête de son entreprise et d'autre part d'empêcher les créanciers de se faire régler sur les actifs existants, d'autant qu'il est parfaitement possible à un curateur de faillite ou à un mandataire de justice mis en place de céder tout ou partie de l'activité économique de façon à maintenir celle-ci entre les mains d'un dirigeant différent.

Le concept de la « seconde chance » se justifie par contre pour les personnes physiques.

Il faudra en tout cas éviter à tout prix des abus alors que ces abus causent un préjudice encore plus important à l'économie et aux créanciers concernés.

Au moins trois conditions semblent être de rigueur pour permettre la mise en place d'un système de seconde chance pour les personnes physiques et qui sont les suivantes :

- Afin d'éviter que le débiteur laisse accroître inutilement son passif pour ensuite tenter de profiter d'une extinction de ses dettes et au contraire pour éviter qu'il ne se sente enclin à le faire, l'initiative à prendre par le débiteur en se déclarant en déconfiture afin de profiter de cette seconde chance doit être enfermée dans un délai strict et court. Afin que le délai soit observé, il doit être encadré par des dispositions pénales constatant une infraction purement matérielle et la perte du bénéfice de la seconde chance.
- Au moment de l'aveu de la situation de déconfiture, le débiteur doit prêter un serment reprenant l'intégralité de ses actifs et droits de créance à l'égard de tiers, de nouveau sous peine de sanctions pénales et de perte du bénéfice de la seconde chance.
- La loi doit organiser un délai pendant lequel le mandataire de justice doit, avec l'assistance obligatoire du débiteur, pouvoir réaliser ces actifs et ce n'est qu'après l'écoulement de ce délai que la seconde chance peut intervenir. Un délai de trois années semble être légitime¹⁸. Si pendant ce délai, le mandataire de justice découvre que la déclaration de l'aveu a été tardive, que le débiteur a omis de déclarer certains actifs ou encore que le débiteur a fait perdre à la masse des créanciers des actifs, le mandataire de justice doit pouvoir, sur décision du tribunal, faire étendre la durée de la procédure de réalisation des actifs avant la possibilité de l'intervention de la seconde chance, voire même dans des cas graves, faire perdre au débiteur le bénéfice de cette seconde chance.

*

COMMENTAIRES PAR THEMES:

I. Analyse du champ d'application du titre I du Projet

L'article 2 du Projet liste les débiteurs concernés par les mesures du titre I en vue de préserver les entreprises. Les sociétés en commandite spéciale ne font pas parties de cette liste et sont donc écartées du champ d'application du Projet.

Cette exclusion n'est objectivement pas justifiable en rapport avec un type de société qui n'a certes pas de personnalité morale, mais dispose d'un patrimoine actif et passif et est gérée par ailleurs comme tout autre société commerciale par un organe social. Par ailleurs, il convient de tenir compte de la

¹⁷ Il est vrai que la décharge du solde des créances nées antérieurement au jugement de faillite (Art. 536-2 et suivants) n'est prévue exclusivement qu'au bénéfice du failli personne physique.

¹⁸ L'article 536-2 (1) prévoit un délai de trois ans.

réalité du terrain qui est celle de l'existence de plusieurs milliers de telles sociétés ayant les objets sociaux les plus divers (même si la plupart sont des sociétés d'investissement). Il convient donc d'inclure les sociétés en commandite spéciale et de les ajouter expressément à la liste de l'article 2 du Projet.

II. Analyse du chapitre 2 du Projet : détection des entreprises en difficulté et des entreprises susceptibles d'être assignées en faillite :

Le chapitre 2 du Projet met en place une procédure administrative de détection des débiteurs confrontés à des difficultés financières. Compétence est attribuée au Ministre ayant l'Economie, respectivement à celui ayant les Classes moyennes dans ses attributions.

Une Cellule d'évaluation des entreprises en difficulté (qui est composée de cinq fonctionnaires d'Etat) est créée. Lorsque le débiteur le demande, le ministre respectivement compétent peut désigner un conciliateur d'entreprise dont la mission consiste à assister le débiteur « *que ce soit en dehors ou dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire (...)* ».

Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la pertinence de la mise en place d'une phase administrative de détection et de prévention. Les mesures proposées peuvent aisément être mises en œuvre par des contacts réguliers entre fonctionnaires d'Etat. Il aurait été plus utile d'organiser dans la pratique, la communication et la coordination entre les administrations étatiques, le tribunal et les mandataires de justice.

Il y a de surcroît un risque de duplication des compétences et de concurrence entre les mesures prises par les autorités administratives d'une part et par le tribunal d'autre part au cours de la procédure de réorganisation judiciaire. La nomination, l'étendue et la durée de la mission du conciliateur d'entreprise (article 9) incombe aux autorités administratives. Cette mission ne s'arrête cependant au moment lors de la mise en place de la réorganisation judiciaire par le tribunal (voir article 9 alinéa 2, article 11 alinéa 1 et le commentaire sous l'amendement n°12).

Le débiteur propose la personne du conciliateur d'entreprise. Il définit la mission et provoque la fin de la mission du conciliateur d'entreprise. Lors de la phase judiciaire de la réorganisation, le conciliateur risque d'être un « électron libre », non soumis au contrôle du tribunal et entrer en conflit avec le mandataire de justice nommé postérieurement par voie judiciaire.

Comme il sera relevé au chapitre 2 ci-après, la Conseil de l'Ordre propose de séparer clairement la mission du conciliateur d'entreprise de celle des auxiliaires nommés par voie judiciaire. La mission du conciliateur d'entreprise, si elle est considérée comme opportune, devrait s'arrêter dès le début de la phase judiciaire de la restructuration.

Enfin, et par souci de clarté, il conviendrait de modifier l'article 6, paragraphe 1 du Projet comme suit : « *Aux fins de remplir les missions prévues à l'article 5, le Ministre ayant l'Économie dans ses attributions et le Ministre ayant les Classes moyennes **de dans** ses attributions a accès aux informations suivantes : (...).* ».

III. Analyse des articles 9, 10, 23, 41, 56 et suivants du Projet : les praticiens de la réorganisation :

La nomenclature des différents praticiens de justice risque de semer la confusion.¹⁹

¹⁹ La notion de « praticien de la réorganisation » a été retenue pour démarquer cette notion du mandataire de justice et du praticien de l'insolvabilité.

Le conciliateur d'entreprise, nommé notamment par les pouvoirs administratifs, ne répond pas à la notion de mandataire de justice.

Le praticien de l'insolvabilité, défini à l'article 2 (5) du règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil et dont la liste est reprise à l'annexe B du règlement, dispose de pouvoirs plus larges que le mandataire de justice prévus dans le Projet.

La Belgique inclut cependant le mandataire de justice dans cette liste.

L'article 11 – qui traite de l'accord amiable avec les créanciers – n'est pas clair : est-ce que le conciliateur d'entreprise peut également être désigné par le tribunal, qui en cas de succès des négociations, a la mission d'homologuer l'accord intervenu ?

1. Analyse du rôle et des pouvoirs des praticiens de la réorganisation prévus dans le Projet :

1.1. Le conciliateur d'entreprise (articles 9 et 11 du Projet)

La mission primaire du conciliateur est (article 9 alinéa 2) celle d'assister le débiteur dans ses efforts de redresser son entreprise. « *Il peut amener le débiteur à réfléchir à sa situation, mais il ne lui appartient pas de jouer un rôle actif dans le cadre de sa réorganisation, hormis celui d'intermédiaire vis-à-vis de certains tiers. Il n'a, en tout état de cause, aucun rôle décisionnel.* » (Nicolas Ouchinsky, « *Analyses du rôle des praticiens de la réorganisation et des praticiens de l'insolvabilité dans l'intérêt d'une entreprise en difficulté et de ses stakeholders* » – Revue des entreprises en difficulté, Mars 2023, n°4).

La mission du conciliateur d'entreprise se prolonge pendant la phase judiciaire (article 9 alinéa 2 et article 11 alinéa 1, ainsi que les commentaires sous l'amendement n° 12).

Comme son rôle peut être évolutif, il y a risque – dépendant de la personnalité du conciliateur d'entreprise – qu'il empiète sur la mission d'un mandataire de justice nommé par la suite par le tribunal.

Le conciliateur d'entreprise proposé par le débiteur – qui peut mettre fin à tout moment à sa mission – n'est finalement que le conseil privé du débiteur. Ni le tribunal, ni les tiers, ne disposent du pouvoir d'imposer la nomination d'un conciliateur d'entreprise.

1.2. Le mandataire de justice (article 10 du Projet) :

Il est nommé par le magistrat présidant la « chambre du tribunal » (le texte ne précise pas laquelle) lorsque des manquements graves et caractérisés du débiteur ou de l'un de ses organes menacent la continuité de l'entreprise en difficulté (...).

Sa mission et la durée de celle-ci sont déterminées par l'ordonnance du magistrat qui l'a nommé.

Le mandataire de justice de l'article 10 ne peut être nommé d'office par le tribunal ce qui est critiquable comme il sera expliqué ci-après. La requête doit être introduite, soit par le Procureur d'Etat, soit par tout intéressé. Le requérant devra prouver deux conditions, à savoir d'abord l'existence de manquements graves et caractérisés du débiteur ou de l'un de ses organes et ensuite démontrer que la désignation d'un mandataire de justice est de nature à préserver la continuité de l'entreprise ou de ses activités économiques.

La nomination du mandataire de justice de l'article 10 n'emporte pas dessaisissement du débiteur.

1.3. L'administrateur provisoire (article 23 du Projet) :

Il est nommé par le tribunal compétent en matière de procédure de réorganisation judiciaire en cas de « *faute grave et caractérisée du débiteur ou d'un de ses organes* ».

L'administrateur provisoire se substitue au débiteur pour la durée du sursis.

Sa nomination constitue une exception au principe du non dessaisissement du débiteur en matière de restructuration.

La nomination de l'administrateur provisoire suppose d'abord l'existence d'une procédure de réorganisation judiciaire.

Ensuite, il faut que le tribunal constate l'existence de fautes graves et caractérisées du débiteur ou d'un de ses organes.

La mission de l'administrateur provisoire n'est pas sans risque : parachuté sur décision de justice dans une entreprise en difficulté financière, jadis dirigée par des personnes ayant commis des fautes graves et caractérisées, l'administrateur provisoire devient le représentant légal de l'entreprise avec tous ses droits et obligations. Il assume la responsabilité de regagner la confiance des créanciers et de mener à bien les mesures de réorganisation.

1.4. Le mandataire de justice des articles 22 et 41 du Projet :

Il est nommé par le tribunal ayant compétence en matière de restructuration uniquement lorsque le débiteur ou un tiers le demande et lorsque sa désignation semble être utile. Le tribunal ne peut pas le nommer d'office.

Sa mission consiste à assister le débiteur dans la procédure de réorganisation judiciaire. Le tribunal fixe la mission « *sur base de la demande du débiteur ou du tiers (...)* ».

Sa nomination est facultative dans la procédure de l'accord amiable (article 9) et celle de la préparation du plan (article 41). Elle est cependant obligatoire en cas de transfert par décision de justice (article 56).

Il y a donc lieu de revoir le texte de l'article 22 du Projet et de faire une réserve par rapport à l'article 56 du Projet.

1.5. Le mandataire de justice des articles 56, 58 et suivants du Projet :

A première vue, il s'agit du même mandataire de justice nommé en application de l'article 22 du Projet. En réalité, son rôle dépasse la simple assistance du débiteur. Le mandataire de l'article 56 doit non seulement procéder à la vente des actifs, mais gérer également la situation du concours entre les créanciers qui s'en suit et qui a pour objectif la distribution du prix de vente.

Il peut exister un sérieux conflit d'intérêt entre le débiteur et le mandataire de justice selon que le transfert judiciaire d'entreprise est volontaire ou ordonné par le tribunal, d'où la nécessité d'attribuer des pouvoirs de contrôle au tribunal.

Il ne résulte pas clairement de l'article 56 du Projet si le tribunal – lorsqu'il nomme d'office un mandataire de justice, peut en même temps mettre fin à la mission du conciliateur d'entreprise ou des autres auxiliaires de justice désignés dans le passé.

1.6 Le curateur de faillite / liquidateur judiciaire :

Le projet sème la confusion quant à la nomenclature du curateur :

L'article 36 (2) fait état d'une distinction entre le « curateur » et le « liquidateur judiciaire » selon que la faillite vise une personne physique ou une personne morale. Les articles 455 et 461 du Code de commerce qui traitent de la nomination des curateurs et du règlement de leurs honoraires ne le font pas.

Selon l'article 455 du Code de commerce, le curateur est choisi parmi les avocats ou les personnes sur la liste des experts de la loi du 7 juillet 1971 ou parmi des personnes remplissant des compétences en matière de liquidation.

Il n'existe pas d'obligation pour les avocats de se porter sur la liste auprès du ministère de la Justice (loi du 7 juillet 1971) pour être nommés curateurs. Il y a lieu de supposer qu'il en va de même pour la nomination comme liquidateurs judiciaires ?

Le Conseil de l'Ordre est d'avis que chaque auxiliaire de justice – quel qu'il soit – mandataire de justice, administrateur provisoire, curateur ou liquidateur judiciaire devrait être nommé par le tribunal ayant compétence en matière de restructuration et/ou procédure d'insolvabilité, qui devrait le contrôler et le cas échéant, le remplacer.

Afin d'éviter une confusion entre les différentes missions, le tribunal devrait avoir le pouvoir d'arrêter les termes de la mission et de les modifier en cas de besoin.

Le tribunal territorialement compétent devrait être celui du « centre des intérêts principaux », d'après l'article 3 du Règlement (UE) 2015/848 du Parlement Européen et du Conseil et les procédures de réorganisation judiciaire décrites dans le projet devraient être énoncées à l'annexe A du prédit règlement.

Ce tribunal devrait finalement avoir compétence en matière d'attribution des honoraires revenant aux auxiliaires de justice.

2. Mode de rémunération et garantie du paiement des honoraires revenant aux auxiliaires de justice :

Le sujet des honoraires à attribuer aux professionnels de la restructuration est traité de manière incohérente et avec (trop) de pudeur dans le Projet.

Pour garantir l'efficacité d'une mesure de restructuration et la survie de l'entreprise, il faut faire appel à des personnes ayant compétence et expérience en matière d'insolvabilité, comme il est d'ailleurs

indiqué à l'article 80 du Projet qui définit les conditions d'admission comme conciliateur d'entreprise ou mandataire de justice.

Sous le régime actuel de la gestion contrôlée régi par l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935, le tribunal demande au requérant de déposer une provision auprès de la Caisse de consignation. Le paiement des honoraires de l'expert (pendant la phase d'exploration de la viabilité de l'entreprise), respectivement celui du commissaire à la gestion contrôlée (phase de préparation du plan) est ainsi assuré et se fait immédiatement à la fin de la mission respective.

Une telle garantie n'est pas prévue dans le Projet, si ce n'est que l'article 13 prévoit au point 5 que le débiteur doit soumettre au tribunal « *un budget* » dans le cadre de sa requête en restructuration – mais sans lui imposer l'obligation de déposer à titre de garantie une somme suffisante pour couvrir les frais et honoraires de l'auxiliaire de justice à nommer.²⁰

Le Projet est également incohérent quant au régime des honoraires visant le mandataire de justice par rapport au curateur :

Les honoraires du curateur (et nous supposons également ceux revenant au liquidateur judiciaire) sont réglés par le tribunal sur base de l'article 461 du Code de commerce qui fait référence à un règlement grand-ducal.²¹

Les honoraires revenant aux mandataires de justice sont réglés par l'article 9 de la loi modifiée 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 **loi du 7 juillet 1971** ») qui se réfère à l'article 5 tel que modifié par la loi du 8 mars 2017 sur les garanties procédurales (Mémorial A 346 du 30 mars 2017) et qui fait état de « *frais de justice* ». L'article 5 fait en outre référence à l'article 98 de la loi modifiée du 7 mars 1981 sur l'organisation de justice qui lui ne donne malheureusement aucune réponse quant au tarif des honoraires. « *Les tarifs (...) sont régis par des règlements grand-ducaux* », sans autre précision.

Il existe en outre une autre incohérence quant à la garantie des honoraires revenant aux mandataires de justice lorsque la procédure de restructuration échoue et le débiteur tombe en faillite :

Le solde des actifs est alors transféré au curateur. Selon l'article 65 du Projet « *les honoraires du mandataire de justice sont imputés sur la partie des honoraires du curateur (...) afférente au produit du transfert effectué par le mandataire de justice* ».

Sachant que la gestion d'une faillite peut prendre des années, le mandataire de justice risque d'attendre la clôture de faillite avant d'être payé.

En cas d'absence d'actif, respectivement insuffisance d'actif, est-ce qu'il existe une base légale pour que le mandataire de justice puisse bénéficier de la procédure du Pro Deo ?

Le Conseil de l'Ordre préconise la solution homogène suivante :

Avant de nommer un auxiliaire de justice dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire, le tribunal prend soin qu'une provision devant couvrir les futurs frais et honoraires soit déposée par le débiteur auprès de la Caisse de consignation.

Le tribunal contrôle les honoraires et autorise des avances. Les honoraires des auxiliaires de justice sont régies par le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale suivant la nature et l'importance de la procédure (l'article 461 du Code de commerce devrait servir de référence).

A la rigueur, il y aura encore lieu d'ajouter « (...) *et selon les connaissances et compétences exigées en matière de procédure d'insolvabilité.* » (article 79 du Projet sur les conditions d'admission d'un mandataire de justice sur la liste auprès du ministre ayant la Justice dans ses attributions).

²⁰ Autres dispositions exceptionnelles :

- L'article 22, lorsque le tiers requiert la nomination d'un mandataire de justice, il doit garantir ses frais et honoraires.
- L'article 9 prévoit la rémunération du conciliateur d'entreprise : il semble que ses honoraires ne soient pas payés immédiatement à la fin de sa mission, mais que sa créance d'honoraires fera l'objet d'une inscription au plan comme créance sursitaire extraordinaire (article 9). En cas de concours suite à l'échec de la procédure de réorganisation judiciaire, le conciliateur d'entreprise n'est pas qualifié de créancier de la masse, mais est considéré comme créancier privilégié, pouvant invoquer le bénéfice des articles 2101 paragraphe 1-1 et 2005-1 du Code Civil.

²¹ Ainsi que selon les termes de l'article 479 du Code de commerce nouveau (voir article 22 du Projet) pour les avances sur honoraires.

IV. Analyse du régime des différentes créances :

Un constat préalable s'impose : contrairement au régime de la faillite²², la procédure de restructuration ne connaît pas de cristallisation des créances dans une masse. Une situation de concours²³ entre créanciers n'existe uniquement qu'en cas de transfert judiciaire d'entreprise (articles 62 et suivants) ou en cas de faillite – qui suit l'échec d'une procédure de réorganisation.

Une procédure de réorganisation affecte traditionnellement les créances nées avant le dépôt d'une demande déposée au tribunal. Le Projet les définit à l'article 1 comme « créances sursitaires ».²⁴

Les droits des créanciers sursitaires sont affectés par la mesure du sursis accordée par le tribunal au débiteur qui en fait la demande²⁵. A l'expiration de cette mesure, les créanciers sursitaires retrouvent leur droit d'exécution (article 37).

Ces créanciers participent au vote du projet du plan de réorganisation, plan qui, après homologation par le tribunal, leur sera opposable (article 53).

Lors du vote du plan il est distingué selon deux classes, celle des créanciers sursitaires ordinaires et celle des créanciers sursitaires extraordinaires, à savoir ceux qui bénéficient d'un privilège général ou spécial. Le Projet oublie cependant de préciser jusqu'à concurrence de quel montant la créance est à considérer comme extraordinaire. Le droit belge précise : « (...) la créance n'est extraordinaire qu'à concurrence du montant, au jour de l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, pour lequel une inscription ou un enregistrement a été pris, ou, si aucune inscription ou aucun enregistrement n'a été pris, à concurrence de la valeur de réalisation in going concern du bien, ou si le gage porte sur des créances spécifiquement gagées, leur valeur comptable ; la limitation décrite ci-dessus ne s'applique qu'au vu de la réalisation et du vote du plan de réorganisation (...) ». (Voir Alain ZENNER, précité, n°440).

La doctrine belge discute actuellement de la question s'il faut tenir compte de la valeur *in going concern* ou s'il faut retenir la valeur de réalisation forcée des biens du débiteur.

Si on se tient à ces principes généraux, le régime du traitement des différentes créances ne devrait pas poser de problème particulier, s'il n'existait pas un certain nombre de dérogations à la règle.

22 respectivement du régime actuel de la gestion contrôlée prévu par l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935.

23 La situation de concours est définie comme la « situation de concurrence existant entre des personnes investies sans un ordre de préférence et de droits de même nature sur une même masse de bien » (G. Cornu, vocabulaire juridique v0 « Concours »)

24 Selon la définition donnée à l'article 1 (c), il s'agit « des créances autres que les créances salariales nées avant le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ou nées en raison du dépôt de la requête ou des décisions prises dans le cadre de la procédure. »

Si la première partie de la définition découle de source, le lecteur a cependant des difficultés pour comprendre le sens de la deuxième partie de la définition « nées en raison du dépôt de la requête ou des décisions prises dans le cadre de la procédure » !?

L'explication donnée par l'auteur belge Ivan VEROUGSTRAETE est la suivante : (...) « Le texte prévoit un critère temporel tout à fait logique, mais complète cette approche par une assimilation de certains créanciers. L'auteur de l'amendement qui autorise cette assimilation s'en explique comme suit : « Afin de garantir la neutralité fiscale de la réorganisation judiciaire, les mots « ou nés du dépôt de la requête ou des décisions judiciaires prises dans le cadre de la procédure » qui étaient mentionnés dans l'article 2 C (de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises) doivent être repris. En effet, ces mots avaient pour but d'inclure parmi ces créances, la créance de TVA de l'Administration fiscale à charge du débiteur en réorganisation qui, dans la thèse défendue par l'Administration fiscale sur le régime du concordat judiciaire, naissait du fait du prononcé du jugement d'homologation du plan de réorganisation à la suite du droit à restitution de la TVA sur les abattements de créances résultant du plan qu'ouvre ce jugement en faveur des créanciers (voir Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise, Ivan VEROUGSTRAETE, Editions Wolters Kluwer, p.25). Le Conseil de l'Ordre se pose la question de la pertinence de ces dispositions pour le Grand-Duché.

25 L'auteur belge Alain ZENNER résume parfaitement la situation comme suit : Le régime de la réorganisation judiciaire distingue les créances qui sont soumises au sursis et qui peuvent faire l'objet des mesures prévues dans un plan de réorganisation par accord collectif, ou qui sont payées au marc le franc, sauf sûretés réelles ou privilèges, lors d'une réalisation d'actifs consécutive à un transfert sous autorité de justice, de celles qui ne le sont pas et doivent être ponctuellement honorées ; les premières sont dénommées *créances sursitaires*, les secondes peuvent être appelées *créances non sursitaires* ou *créances hors sursis*.

Cette *summa divisio* touche toutes les créances dont est redevable le débiteur en réorganisation, quelle qu'en soit l'ampleur ou la nature. Si une créance ne tombe pas sous la qualification légale des créances sursitaires, elle est nécessairement non sursitaire.

Inversement, si une créance n'est pas non sursitaire, elle est nécessairement sursitaire. Le moment auquel se fait le partage en créances sursitaires ordinaires et extraordinaires est celui de la cristallisation de l'actif, celui de l'ouverture de la procédure » (Alain ZENNER, Traité du droit de l'insolvabilité, Editions Anthémis, n°441)

Ces dérogations au régime du traitement des créances prennent leur source, soit dans le Projet qui règle le fonctionnement même de la procédure de réorganisation, soit dans des choix politiques comme il sera précisé ci-après.

Les effets de ces dérogations ne sont bien entendu pas neutres et risquent de briser le fragile équilibre des intérêts en cause, à savoir la préservation de l'entreprise en difficulté financière et les droits prioritaires de certains créanciers.

1. Analyse de la situation « privilégiée » de certains « anciens » créanciers :

Le Projet admet que certains créanciers sursitaires bénéficient d'un traitement de faveur :

- (i) Les créanciers ayant bénéficié d'un accord amiable en application de l'article 11 du Projet.

Il s'agit d'un accord confidentiel que le débiteur a conclu avec deux ou plusieurs créanciers. Cet accord est par la suite homologué par le tribunal. Le Projet protège ces créanciers de l'action révocatoire prévue par les articles 445-2 et 446 du Code de commerce, ainsi que contre toute action en responsabilité en cas de faillite subséquente.

Le commentateur du Projet avait très bien vu les risques sous-jacents à cette procédure lorsqu'il écrit : « (...) le Tribunal vérifiera si l'accord poursuit bien l'objectif de réorganisation et ne constitue pas un moyen détourné de privilégier certains créanciers par rapport aux autres créanciers. »

L'article 11 alinéa 2 invite le tribunal à vérifier si l'accord amiable est conclu dans le but visé à l'alinéa 1. Cet alinéa ne donne cependant uniquement comme indication que « l'accord doit être conclu en vue de la réorganisation de tout ou partie des actifs ou des activités du débiteur ».

Le Conseil de l'Ordre se demande cependant comment un tribunal pourra vérifier les intérêts de l'ensemble des créanciers, s'il statue sur base d'une requête unilatérale présentée par le seul débiteur en vue d'homologuer un accord non communiqué aux créanciers autres que ceux qui sont bénéficiaires de l'accord.

- (ii) Les créanciers ayant bénéficié d'un paiement volontaire (article 27).

Le débiteur est en droit de payer un créancier sursitaire pendant le sursis lorsqu'il estime que la créance de ce dernier doit prioritairement être remboursée, alors qu'elle est « nécessaire à la continuité de l'entreprise. ».

Il est fort à parier que la notion « nécessaire à la continuité de l'entreprise » fera l'objet d'une jurisprudence abondante.

- (iii) Les créanciers sursitaires ayant bénéficié d'un paiement en exécution du plan de réorganisation homologué par le tribunal à une date antérieure à celle de la révocation du plan (article 54).

L'échec du plan de réorganisation remet les anciens créanciers à leur case de départ lorsque le tribunal décide la révocation. Ces créanciers retrouvent leur droit d'exécution – pour autant qu'il reste encore un actif suffisant pour régler leur créance.

Le risque d'abus est particulièrement présent dans ce contexte.

Seul le créancier – éventuellement un proche du débiteur – qui aura bénéficié d'un paiement « accéléré » en exécution du plan, sera en droit de conserver le paiement reçu.

2. Créances issues de contrats en cours :

Il s'agit de créances issues de contrats en cours à prestations successives visées à l'article 31 du Projet (ci-après « les **créanciers de l'article 31** »).

Pendant la période de restructuration les créanciers de l'article 31 ne seront pas affectés par le sursis et pourront donc obtenir paiement de leur créance. A l'instar des travailleurs, ils sont libres de procéder à des recouvrements forcés de leurs créances, rendant difficiles sinon impossibles les efforts de préserver l'entreprise en difficulté financière.²⁶

²⁶ Ne peuvent cependant pas bénéficier de ce privilège, les contrats en cours à prestation unique, par exemple le contrat conclu avec un nouvel investisseur proposant un nouveau financement au débiteur.

En cas d'échec de la période de restructuration, les créanciers sursitaires se retrouvent dans une situation de concours créée par le régime de la faillite (article 32).

Les créanciers de l'article 31 pourront alors se prévaloir d'un régime de faveur en réclamant le statut de créancier de la masse. Ils devront prouver qu'il existait « *un lien étroit entre la fin de la procédure de réorganisation judiciaire et la procédure collective* ». Ils bénéficient d'une présomption légale dans le cadre de la charge de la preuve si la faillite est ouverte endéans les douze mois suivant la fin de la procédure de réorganisation – ce qui sera probablement toujours le cas.

La création d'une catégorie de créanciers de la masse n'est pas sans danger, surtout au cas où le débiteur – éventuellement non assisté d'un mandataire judiciaire – fait généreusement appel aux contrats en cours pendant la période de restructuration. Cette catégorie des créanciers de la masse affectera le sort des « anciens » créanciers, à savoir les créances sursitaires en cas de faillite. De son côté, le curateur de faillite se trouvera devant un casse-tête pour le cas où les actifs de la faillite ne suffisent pas à rembourser les créanciers de la masse. Il risque donc de se retrouver avec des créanciers « *superprivilégiés* » dont le rang prime même celui des travailleurs.

Les créanciers de l'article 31 pourront même se prévaloir d'un rang supérieur aux créanciers sursitaires extraordinaires, à savoir ceux bénéficiant d'un droit réel (comme le créancier hypothécaire et le créancier gagiste du fonds de commerce), à condition que le créancier de l'article 31 prouve que « *sa prestation a contribué au maintien de la sûreté ou de la propriété* ». Il est fort à parier que cette matière occupera fortement les tribunaux.

3. Les créanciers salariés :

Selon l'article l(c), du Projet ces créanciers sont exclus de la définition de « *créances sursitaires* ».

Les salariés bénéficient d'un régime particulier : l'article 25 prévoit une exception au principe de la suspension des voies d'exécution en leur faveur. Selon l'article 30-2 le débiteur ne peut pas suspendre les contrats de travail en cours. Selon l'article 44, le plan de réorganisation ne peut prévoir de réduction de créance née de prestations antérieures des salariés. Finalement l'article 57 garantit les droits des salariés en cas de transfert par décision de justice.

L'effet suspensif du sursis n'est donc pas opposable au salarié. Il peut par conséquent entamer des mesures d'exécution pendant la période de réorganisation, ce qui risque de mettre à néant les chances d'une restructuration et la préservation de l'entreprise.²⁷

Les auteurs de la première version du Projet étaient conscients du poids « politique » et financier des créances des salariés lors de la phase de négociation d'une mesure de restructuration.

L'ancien article 56 (l'article 57 actuel) prévoyait des mesures rendant plus flexibles les dispositions du droit de travail en matière de transfert d'entreprise. Ce texte a été radié suite à l'arrêt PLESSERS de la CJUE rendu en date du 16 mai 2019. Cet arrêt fut critiqué par la doctrine belge. Le législateur belge discute actuellement un texte alternatif.

Une solution alternative serait probablement vouée à un échec suite à un choix politique fait par le Luxembourg lors de la transposition de la directive 2001/23. Contrairement au législateur belge, notre législateur a prévu à l'article L127-5 du Code de Travail que le régime protecteur du salarié s'applique également en cas de transfert d'entreprise lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure collective.

4. Les créanciers bénéficiant d'une garantie financière :

Les bénéficiaires d'un contrat de garantie financière²⁸ – citons à titre d'illustration le contrat de gage portant sur des créances ou des instruments financiers – ne seraient pas affectés par la mesure d'assainissement²⁹ et seraient donc en droit de réaliser leur gage pendant la période de sursis³⁰.

Parmi les créanciers « *in rem* », il y aura donc lieu de distinguer entre les créanciers bénéficiant de la loi de 2005 d'une part et les créanciers sursitaires extraordinaires d'autre part.

Les droits de ces derniers seront affectés par les procédures de réorganisation prévues par le Projet. A titre d'illustration il y a lieu de citer l'article 18 qui prévoit la suspension de la vente forcée de meubles ou immeubles, et par conséquent la suspension du droit de réaliser le gage ou l'hypothèque pendant la période transitoire entre le dépôt de la requête en réorganisation judiciaire et le jugement ;

²⁷ Il semble cependant découler de l'article 25 al.2 du Projet que le salarié – et même tout autre créancier non sursitaire – ne pourrait pas assigner le débiteur en faillite au cours du sursis.

l'article 25 qui prévoit le principe de la suspension des voies d'exécution et finalement l'article 45 selon lequel le plan peut prévoir une suspension de paiement pendant une période n'excédant pas vingt-quatre mois des créances sursitaires extraordinaires.

L'impact de la loi de 2005 sur les effets de sauvegarde d'une entreprise en difficulté financière n'est donc pas négligeable.

V. Analyse du sursis

Deux clarifications sont ici nécessaires : la première concerne l'existence du sursis, la seconde vise la durée de prolongation du sursis.

1. Clarification de l'existence du sursis

Le sursis est défini par le Projet (article 1, k) comme étant « *le moratoire accordé par le tribunal au débiteur en vue de permettre la conclusion d'un accord amiable ou de réaliser une réorganisation judiciaire par accord collectif ou par transfert par décision de justice.* ».

L'article 11 du Projet relatif à l'accord amiable ne prévoit pas de sursis.

L'article 12 du Projet dispose en son paragraphe 2 que :

« *L'ouverture de la procédure vise :*

- *soit à obtenir un sursis en vue de permettre la conclusion d'un accord amiable, dans les conditions de l'article 11 ;*
- *soit à obtenir l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation, conformément aux articles 38 à 54 ;*
- *soit à permettre le transfert par décision de justice, à un ou plusieurs tiers, de tout ou partie des actifs ou des activités, conformément aux articles 55 à 64. ».*

Il ressort de la lecture de ces trois articles que la conclusion d'un accord amiable est possible soit (i) hors procédure de réorganisation judiciaire (via l'article 11 du Projet), soit (ii) dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire (via les articles 12 et suivants du Projet). Dans la première hypothèse ((i)), le débiteur ne bénéficie pas d'un sursis, alors que dans la seconde ((ii)), le débiteur bénéficie d'un sursis qui lui permet de conclure cet accord amiable.

Afin de faciliter la lecture des articles susmentionnés du Projet, de clarifier l'existence ou non d'un sursis et d'aligner la terminologie entre les articles 1, k) et 12 du Projet, il convient de les modifier comme suit :

Article 1, k) du Projet : « *« sursis » : le moratoire accordé par le tribunal au débiteur, dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire, en vue de permettre la conclusion d'un accord amiable ou de réaliser ~~une~~ réorganisation judiciaire par accord collectif des créanciers sur un plan de réorganisation ou par transfert par décision de justice.* ».

Article 12, paragraphe 2 du Projet : « *L'ouverture de la procédure vise :*

- *soit à obtenir un sursis en vue de permettre la conclusion d'un accord amiable, dans les conditions de l'article 11 ;*
- *soit à obtenir l'accord collectif des créanciers sur un plan de réorganisation, conformément aux articles 38 à 54 ;*
- *soit à permettre le transfert par décision de justice, à un ou plusieurs tiers, de tout ou partie des actifs ou des activités, conformément aux articles 55 à 64. ».*

2. Clarification de la durée de prolongation du sursis

La durée de prolongation du sursis prévue à l'article 33 du Projet doit être clarifiée. En effet, il y a une incohérence entre les paragraphes 1 et 2 dudit article.

L'alinéa 2 du paragraphe 1 prévoit que la durée maximale du sursis octroyé conformément à l'article 20 paragraphe 2 ou à l'article 33 « *ne peut excéder douze mois à compter du jugement accordant le sursis.* ».

D'après le paragraphe 2, « *la durée maximale du sursis prévue au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, peut cependant être prorogée de maximum six mois* », dans des circonstances exceptionnelles et si les intérêts

des créanciers le permettent. Il semblerait que ces six mois s'ajoutent aux douze mois maxima prévus à l'alinéa 2 du paragraphe 1 ; mais la précision suivante du paragraphe 2 porte à confusion « *sans que la durée totale du sursis ne puisse excéder douze mois à compter du jugement accordant le sursis* ». Un tel ajout de six mois aux douze mois maxima n'est pas permis par la Directive qui en son article 6, paragraphe 8 prévoit que « *la durée totale de la suspension des poursuites individuelles, prolongations et renouvellements compris, n'excède pas douze mois* ».

Il est donc nécessaire de clarifier la question de la prorogation du délai du sursis afin d'éviter toute difficulté d'interprétation et surtout de se conformer à la Directive.

1. *La réorganisation judiciaire par accord collectif :*

Sauf certaines exceptions notables décrites ci-après, la procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif ressemble à l'actuel régime de la gestion contrôlée lorsqu'elle prévoit la préparation d'un plan de remboursement par le débiteur, plan qui par la suite est soumis au vote des créanciers et à l'homologation par le tribunal.

Le Projet contient cependant deux points faibles qu'il y aurait lieu de corriger :

1. Pouvoir du tribunal de mettre fin à un projet de réorganisation non viable :

- (i) Comme déjà indiqué ci-avant, dans le régime actuel de la gestion contrôlée, le tribunal nomme d'abord un ou deux experts avec la mission d'analyser la situation financière du requérant et de vérifier si l'objectif recherché – continuation de l'entreprise ou liquidation ordonnée – est réaliste. Le tribunal ordonne également au débiteur de déposer à la Caisse de consignation une provision qui garantit le paiement des coûts de procédure, dont notamment les honoraires des experts et ceux des éventuels futurs commissaires.

Ces mesures de protection ont été omises dans le Projet.³¹

- (ii) Selon l'article 12 du Projet, la procédure de réorganisation se fait sous le contrôle du tribunal. Or il est à craindre que celui-ci ne dispose pas de réels pouvoirs pour mettre fin à une procédure de réorganisation judiciaire non viable.

Au moment du dépôt de la requête par le débiteur, un juge délégué est nommé « *pour faire un rapport au tribunal saisi de l'affaire sur la recevabilité, le fondement de la demande et sur tout élément utile à son appréciation.* » (article 14).

L'article 14 alinéa 2 précise encore que le juge délégué entend le débiteur et toute autre personne dont il estime l'audition utile à l'enquête. Il n'est pas précisé s'il peut nommer un expert. On aurait pu envisager que la nomination du mandataire de justice de l'article 10 – ou bien celui de l'administrateur provisoire de l'article 23 du Projet – aurait pu atteindre cet objectif. Si on analyse cependant de plus près les conditions de nomination de ces praticiens, on constate que le tribunal ne dispose pas de pouvoir pour nommer un expert avant l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire.

L'expert n'aurait de toute façon pas le temps d'exécuter sa mission, alors que selon l'article 20 le tribunal doit procéder à l'examen de la requête en réorganisation judiciaire dans les quinze jours de son dépôt au greffe.

Le juge délégué n'a donc que quinze jours pour se faire une idée de la situation économique du débiteur.

Il est à craindre que le tribunal ne dispose d'aucune marge d'appréciation, ni d'aucun pouvoir de refuser la requête. Les seuls pouvoirs qui lui sont attribués par le Projet semblent être le contrôle de la recevabilité de la requête en la forme en application de l'article 13 et la vérification des conditions de l'article 19, à savoir vérifier si le débiteur n'avait pas déjà sollicité l'ouverture d'une procédure de réorganisation dans le passé.

Il y a lieu de craindre que l'attribution du sursis se fera de manière automatique, ce qui n'est pas sans conséquence sur le sort des créanciers sursitaires.

³¹ Seul l'article 13 (2)-5 exige que le débiteur joigne à sa requête – sous peine d'irrecevabilité – « *un budget contenant une estimation des recettes et dépenses pour la durée minimale du sursis demandé, préparé avec l'assistance d'un réviseur d'entreprises, d'un expert-comptable ou d'un comptable.* »

(iii) Les pouvoirs du tribunal sont également limités lorsqu'il devient apparent pendant la période de sursis que le projet de réorganisation du débiteur n'est pas viable.

« Lorsque le débiteur n'est **manifestement** plus en mesure d'assurer la continuité de tout ou partie de ses actifs ou de ses activités au regard de l'objectif de la procédure, ou lorsque l'information fournie au juge délégué, au tribunal ou aux créanciers lors du dépôt de la requête ou ultérieurement est **manifestement** incomplète ou inexacte, le tribunal peut, ordonner la fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire par un jugement qui la clôture. » (article 36 (1)).

La notion de « manifestement » limite sérieusement les pouvoirs du tribunal pour mettre fin à la procédure de réorganisation.

Compte tenu des conséquences graves de la mesure de sursis pour les créanciers sursitaires on aurait pensé que le législateur allait proposer un régime plus protecteur pour ces derniers.

2. Risques en cas d'échec d'une procédure de réorganisation judiciaire par accord collectif :

Le débiteur, qui reste à la direction de ses affaires, dispose du libre choix des mesures à adopter (article 12). Il peut même modifier à tout moment son choix initial.

La nomination d'un mandataire de justice sous l'article 22 du Projet qui pourrait le cas échéant l'assister, voire le contrôler, reste cependant facultative. C'est uniquement lorsque le débiteur en fait la demande **et** qu'une telle désignation est utile pour atteindre les fins de la procédure de réorganisation judiciaire que le tribunal **peut** par la même décision ou à tout autre moment de la procédure, nommer un mandataire de justice.³²

Il existe donc un risque non négligeable que le débiteur – protégé par la mesure du sursis – continue à gérer ses affaires comme dans le passé – voire même à vouloir augmenter ses capacités de production pour pouvoir rembourser les dettes sursitaires. En faisant généreusement appel à de nouvelles commandes, dont notamment les fournitures de matières premières, il augmente les créances nouvelles.

Comme déjà décrit ci-avant, ces nouveaux créanciers – seront considérés en cas d'échec de la procédure de réorganisation – comme créanciers de la masse dans le cadre de la procédure de faillite qui suivra la procédure de réorganisation. Le curateur, qui normalement au moment de sa nomination est confronté à une cristallisation des dettes dans une masse, se verra confronté à une nouvelle catégorie de créanciers qui priment tous les autres créanciers et qui lui réclameront le remboursement immédiat de leur dû, avant qu'il ait pu se faire une idée concrète de l'inventaire des actifs de la faillite.

Si pendant la période de réorganisation, les clignoteurs passent au rouge et que le tribunal nomme d'office un mandataire de justice sur base de l'article 10 du Projet « *lorsque des manquements graves et caractérisés du débiteur ou de l'un de ses organes menacent la continuité de l'entreprise en difficulté ou de ses activités économiques et que la mesure sollicitée est de nature à préserver cette continuité (...)* », il est peut-être déjà trop tard.

Le mandataire de justice nouvellement nommé, parachuté dans une procédure de réorganisation déjà en cours, se trouvera alors confronté à des faits accomplis qui risquent en plus de l'exposer à des critiques ultérieures en cas d'échec de la procédure de réorganisation.

VI. La réorganisation judiciaire moyennant le transfert par décision de justice :

Le Projet prévoit un transfert – soit de gré à gré, soit forcé – de l'entreprise, mais cette fois-ci sous contrôle obligatoire d'un mandataire de justice, à un repreneur avec l'objectif de maintenir tout ou partie de l'activité.

Notons cependant que le régime actuel de la gestion contrôlée qui sera abrogé permet soit de poursuivre une continuation de l'entreprise, soit de proposer une liquidation ordonnée – ce qui n'empêche pas un transfert partiel ou total de l'entreprise.

³² Il est vrai que l'article 5 de la directive (UE) 2019/1023 admet une nomination du mandataire de justice au cas par cas. Le même article accorde cependant une large marge de manœuvre aux Etats, afin d'assurer qu'une autorité judiciaire puisse décider – et non pas le débiteur – la nomination d'un praticien. Il est également exact de dire que l'article 22(2) du Projet accorde la faculté à un tiers pour demander la nomination d'un mandataire de justice. Le fait qu'il doit cependant assumer ses frais et honoraires n'incitera pas le créancier de faire cette demande.

L'objectif du Projet est donc plus restreint que celui prévu dans le régime actuel alors qu'il limite la cession des actifs au seul objectif « *du maintien de tout ou partie de l'activité économique de l'entreprise* » (article 58 (1)).

(i) Le transfert forcé :

Notons d'ores et déjà une particularité prévue à l'article 55 (2)-1 : « *Le même transfert peut être ordonné sur requête du procureur d'Etat ou assignation d'un créancier ou toute personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise (...) lorsque le débiteur remplit les conditions de la faillite prévues à l'article 437 du Code de commerce, sans avoir demandé l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire (...)* ».

Cet article introduit donc un régime intermédiaire situé entre celui d'une réorganisation judiciaire par adoption d'un plan de remboursement et la procédure de faillite.

Les actifs immobiliers et mobiliers du débiteur sont vendus par un mandataire de justice et le prix sera par la suite distribué parmi les créanciers qui se retrouveront dans une situation de concours.

La seule différence par rapport au régime de faillite est que la mission du mandataire de justice est strictement limitée dans son objectif de maintenir l'activité économique et qu'il dispose en outre moins de liberté d'action que le curateur lors des opérations de cession d'actifs, comme il sera détaillé ci-après.

Le pouvoir octroyé au procureur d'Etat par l'article 55 (2) pose question. Si l'intérêt général semble justifié cette disposition, il n'en demeure pas moins que ce transfert contre le gré du débiteur constitue, comme le souligne à juste titre le Conseil d'Etat dans son avis du 1er décembre 2015, « *une expropriation cachée* », une « *restriction non négligeable apportée au droit de propriété* » du débiteur. Il conviendrait dès lors de (i) supprimer purement et simplement le paragraphe 2 de l'article 55 du Projet et (ii) limiter les pouvoirs du procureur d'Etat en lui permettant uniquement de demander l'ouverture d'une procédure de faillite si les conditions de celle-ci prévues à l'article 437 du Code de commerce sont réunies.

(ii) La mission du mandataire de justice :

L'objectif de la mission du mandataire de justice est donc de réaliser « *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 ou sous forme d'une fusion conformément à l'article 1020-1 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (...)* » (article 58 (1)).

Le mandataire de justice devra donc trouver un repreneur qui sera d'accord à respecter les critères imposés par la loi.

En même temps le mandataire de justice devra gérer la situation financière de l'entreprise en ménageant les intérêts des créanciers non sursitaires, à savoir les travailleurs, les créanciers bénéficiant d'un contrat de garantie financière régi par la loi de 2005, ainsi que les titulaires d'une créance « *nécessaire* » d'après l'article 31 du Projet. En effet ces créanciers non sursitaires sont libres d'exercer à tout moment leurs droits d'exécution forcée.

Lors des négociations avec un éventuel repreneur le mandataire de justice est sous pression ; il devra toujours garder à l'esprit la date d'expiration du sursis qui en principe est limité à 12 mois.³³

Au cas où le mandataire de justice aura trouvé un candidat repreneur, il devra vérifier si le prix offert correspond bien à l'intérêt des créanciers et « *s'il est égal ou supérieur à la valeur de réalisation forcée présumée en cas de faillite ou liquidation* » (article 58 (1)). Il doit en outre contrôler si le candidat repreneur poursuit effectivement l'objectif de maintenir « *tout ou partie de l'activité économique de l'entreprise* ».

Si l'entreprise est constituée d'immeubles et d'un fonds de commerce, le mandataire de justice demandera une autorisation de vendre séparée au tribunal, l'une pour la vente des immeubles, l'autre pour la vente du fonds de commerce. Quid s'il reçoit les meilleures offres, l'une pour l'immeuble et l'autre pour le fonds de commerce de la part de deux candidats différents ? L'avenir de l'entreprise serait compromis s'il accepte ces deux offres.

³³ L'article 56 prévoit que le Tribunal peut, par le même jugement, ordonner un sursis complémentaire, n'excédant pas 6 mois à compter de sa décision (...). Lorsqu'on consulte la directive européenne 2019/1023 du 20 juin 2019, celle-ci limite la durée du sursis à 12 mois (v. considérant 35 et l'article 6-8). Les articles 33(1) et 50 reprennent cette même idée de durée maximale de 12 mois.

Il devra en outre trouver un accord avec les créanciers hypothécaires et les créanciers gagistes pour déterminer « *le prix minimum* » (article 59). En cas de discussions, la conclusion des ventes sera retardée. Si par malchance l'immeuble est en copropriété et s'il y a désaccord des copropriétaires, le mandataire de justice sera bloqué.

Un autre casse-tête sera le volet social. Une négociation d'un plan social est à exclure, compte tenu des délais qui courent et le risque d'expiration de la date du sursis. En cas de transfert d'entreprise, le repreneur aura l'obligation de reprendre tous les salariés, quitte à procéder à des licenciements par la suite. Le cessionnaire ne manquera pas d'imposer ce coût au cédant.

Si le sursis expire avant que le transfert ait pu se faire, la mission du mandataire de justice se termine. Il sera succédé par le curateur de faillite.³⁴

L'article 65 alinéa 2 prévoit que les honoraires du mandataire de justice sont imputés sur la partie des honoraires du curateur et du liquidateur afférente au produit du transfert effectué par le mandataire de justice. Comme déjà noté précédemment, le mandataire de justice devra attendre la fin de la mission du curateur avant de toucher ses honoraires.

Le candidat cessionnaire et le curateur, s'ils continuent les négociations pour un transfert d'entreprise, seraient alors libres de ne plus respecter les contraintes de prix et d'objectif telles qu'imposées par le Projet visant le transfert par décision de justice.

Il est à craindre que – compte tenu du nombre d'obstacles à la mission du mandataire de justice – la procédure du transfert par décision de justice tombe en désuétude.

*

OBSERVATIONS PARTICULIERES :

Les commentaires suivants visent certains articles particuliers du Projet :

Article 1 :

- (i) : « **Ouverture de la procédure** » : Le Projet définit l'ouverture de la procédure comme « *le jugement déclarant ouverte la procédure de réorganisation* ». Cette définition demande à être clarifiée tant sur le fond que sur la forme.

Sur la forme, les termes « *ouverture de la procédure* », « *ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire* » et « *ouverture de la procédure de réorganisation* » sont utilisés indistinctement et çà et là dans le Projet. Si l'on peut penser que l'expression « *ouverture de la procédure* » vise tant l'« *ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire* » que l'« *ouverture de la procédure de réorganisation* », une clarification terminologique est nécessaire afin d'éviter toute confusion.

Sur le fond, les conditions d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ne sont pas suffisamment explicites. En effet, il existe une contradiction entre les articles 1, i) et 19 du Projet. Le premier définit l'ouverture de la procédure comme « *le jugement déclarant ouverte la procédure de réorganisation* », alors que le second prévoit que « *La procédure de réorganisation judiciaire est ouverte dès mise en péril de l'entreprise, à bref délai ou à terme, et dès qu'a été déposée la requête visée à l'article 13 paragraphe 1^{er}* ». Quelles sont donc les conditions d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ? Est-ce le jugement déclarant ouverte la procédure de réorganisation (article 1, i) du Projet) et/ou la mise en péril de l'entreprise (article 19 du Projet) et/ou le dépôt de la requête par le débiteur qui sollicite l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire (article 19 du Projet) ? Ces conditions sont-elles cumulatives ?

La clarification des conditions d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire est d'autant plus nécessaire que l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire entraîne l'application des règles en la matière, comme notamment le sursis – lui-même ayant son lot de règles – ou encore la continuité des contrats existants.

- (j) : La définition de « *plan de réorganisation* » à l'article 1, j) du Projet devrait renvoyer à l'article 41 (et non à l'article 42).

³⁴ Il est vrai que l'article 65 prévoit que le tribunal peut décider, sur base du rapport du juge délégué, de le charger de terminer certaines tâches. Il est tout aussi vrai que sans la protection du sursis, la mission du mandataire de justice devient périlleuse.

Article 4 : Principe général : Toutes les décisions sont exécutoires par provision et sans caution. Les articles 18, 24 et 51 du Projet semblent dire le contraire.

Articles 10 et 23 : Les termes « *manquements graves et caractérisés du débiteur ou de l'un de ses organes* » sont utilisés à l'article 10 du Projet, alors que l'article 23 vise la « *faute grave et caractérisée du débiteur ou de l'un de ses organes* ». Il est préférable d'utiliser le même terme aux deux articles.

Article 13 : Il fait référence à la « *continuité* » de l'entreprise, alors que l'article 19 du Projet – opérant un renvoi à l'article 13 – vise la « *mise en péril* » de l'entreprise. Un alignement des termes est ici souhaité.

Article 13 (2)-6 : La liste doit préciser les qualités des « créanciers sursitaires extraordinaires ». Quid de la précision des créanciers bénéficiant d'un contrat de garantie soumis à la loi de 2005 ?

Article 13 (2)-3 : Cet article impose au débiteur de joindre à sa requête en ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire « *les deux derniers comptes annuels approuvés qui auraient dû être déposés (...)* ». Se pose la question de la situation où les comptes annuels ne seraient pas encore approuvés. Dans la mesure où cette exigence est requise à peine d'irrecevabilité de la requête du débiteur, il convient de clarifier cette hypothèse.

Article 20 (2) : Le premier sursis accordé ne peut dépasser 4 mois. Le sursis prorogé de l'article 33 porte-t-il alors sur une période de 8 mois pour ne pas excéder un total de 12 mois ? (voir **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**).

Article 33 (2) : La structure de la phrase ne donne pas vraiment de sens alors qu'il semble que le délai maximum du sursis reste toujours de 12 mois. Pourquoi alors prévoir une exception de 6 mois ? (voir **Erreur ! Source du renvoi introuvable.**).

Article 36 (4) : Il prévoit la notification au débiteur du jugement prononçant la fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire par courrier recommandé. Les articles 21 (jugement déclarant ouverte la procédure de réorganisation judiciaire), 34 (jugement accédant à la demande du débiteur tendant à modifier l'objectif de la procédure) et 35 (jugement mettant fin à la procédure suite à une demande du débiteur souhaitant renoncer en tout ou en partie à sa demande en réorganisation judiciaire) du Projet visent, quant à eux, une notification au débiteur par voie de greffe. Il convient de vérifier si une telle distinction est souhaitée par le législateur. Dans la négative, un alignement de la procédure de notification est souhaité.

Article 37 alinéa 2 : Ne devrait-on pas lire la phrase comme suit : « *Il en est de même si le sursis expire sans avoir été prorogé par application des articles 3433 ouet 5556 ou sans que si la procédure n'aît pas été clôturée par application des articles 35 et 36* » ?

Article 41 : Il est à noter que les termes « *catégories de créances* » et « *catégories de créanciers* » utilisés aux articles 41, paragraphe 2, points 5° et 6° et 43, paragraphes 1 et 2 portent à confusion dans la mesure où seul le terme « *classe de créanciers* » est défini à l'article 1, b) du Projet. S'il est de la volonté du législateur d'utiliser deux termes différents, une clarification s'impose.

Article 43 : L'alinéa 3 du Projet est redondant avec l'article 41, paragraphe 2, alinéa 2. Il convient de supprimer l'alinéa 3 de l'article 43 afin de faciliter la lecture du Projet.

Article 44 : « *Les propositions incluent pour tous les créanciers une proposition de paiement* ». Quel est le sens de cette phrase ? Quid des dispositions de l'article 43 qui autorisent une conversion de la créance en capital ?

Article 49 : Calcul des majorités lors du vote du plan : il semble qu'un quorum ne soit pas prévu ? Afin de dissiper tout doute quant à la majorité requise nécessaire pour l'adoption d'un plan de réorganisation judiciaire, il serait souhaitable de modifier l'article 49, alinéa 2 du Projet comme suit :

« *Le plan de réorganisation est tenu pour approuvé par les créanciers lorsque le scrutin recueille dans chaque classe le vote favorable d'au moins la majorité de ceux-ci, représentant par leurs*

*créances non contestées ou provisoirement admises, conformément à l'article 40 paragraphe 3, **au moins** la moitié de toutes les sommes dues en principal. ».*

Article 53 : Il semble qu'il y ait une redondance concernant le sort des codébiteurs et des personnes ayant constitué des sûretés personnelles aux alinéas 5 et 6 de l'article 53 du Projet. Il conviendrait de supprimer l'alinéa 5 dudit article afin d'éviter toute confusion.

Article 55 : Il nécessiterait également une clarification afin de faciliter la lecture de ses paragraphes 2 et 3. En effet, ils ne visent pas les mêmes hypothèses dans lesquelles le tribunal peut ordonner le transfert, ce qui peut mener à des interprétations différentes et donc à une insécurité juridique.

Article 57 (2) dernier alinéa : Lorsque le paiement des dettes des salariés n'est pas garanti légalement par le Fonds pour l'Emploi, les dettes existant à la date du transfert devront être assumées par le cessionnaire. La procédure prévue à l'article 57 (3) à savoir l'homologation du transfert par le tribunal du travail n'est pas susceptible de modifier cette obligation à charge du cessionnaire, alors que le tribunal ne pourra pas contrevenir au texte de la loi.

Article 57 (3) : Si le paragraphe 3 de l'article 57 du Projet a le mérite de permettre au cédant ou au mandataire de justice l'homologation du transfert projeté sous certaines conditions, ledit article ne prévoit malheureusement pas le cas où une telle homologation ne serait pas demandée, ni le cas où l'homologation ne serait pas accordée. Il serait préférable que le Projet couvre ces deux hypothèses pour pallier cette insécurité juridique. De même, une clarification serait nécessaire quant à l'application de l'article 58 du Projet : celui-ci s'applique-t-il que l'homologation ait été ou non accordée ou uniquement lorsqu'elle l'a été ?

Article 58 (1) : Le paragraphe 1 de l'article 58 du Projet dans sa nouvelle rédaction prévoit que le transfert ordonné par le tribunal peut prendre la forme d'une vente, d'une cession d'actifs mobiliers ou immobiliers ou d'une fusion conformément à l'article 1020-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (la « LSC »). Il convient de modifier ce paragraphe comme suit, afin de couvrir plus largement les procédures de réorganisation de la LSC et pas uniquement les fusions :

*« (1) 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 ou sous la forme **d'une opération visée par les Titres X et XI d'une fusion conformément à l'article 1020-1** de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. (...) ».*

Articles 60 et 62 : Est-ce qu'il n'y a pas de redite concernant la désignation de l'huissier de justice ?

Article 71 : Modification du Code de Commerce :

Article 71-5 : Modification de l'article 442 du Code de commerce : référence est faite à l'article 613 du Code de commerce qui a la teneur suivante : « *En cas de faillite du débiteur, dans les six mois qui suivront l'expiration du sursis, l'époque de cessation de paiement, par dérogation à l'article 442, remontera, de plein droit, au jour de la demande de sursis.* »

Indépendamment de la nullité prononcée par l'article 445, sont nuis et sans effet tous les actes faits par le débiteur, sans l'autorisation des commissaires surveillants, dans les cas où cette autorisation est requise. »

Quid de l'adaptation de l'article 613 du Code de commerce ? Est-ce qu'il est prévu – comme actuellement dans le régime de la gestion contrôlée – d'étendre la période suspecte au jour du dépôt de la requête, dépôt prévu à l'article 13 du Projet ?

La notion de « sursis » dans l'actuel texte de l'article 613 du Code de commerce est à interpréter selon le titre IV « Du sursis de paiement » et non pas selon les articles 20 (2) et 33 du Projet.

Article 71-21 : Modification de l'article 477 du Code de commerce : « *Les autres objets ne pourront être vendus, avant le rejet du **concordat** (...) ».* N'y a-t-il pas lieu de rayer cette mention « *au concordat* » ?

Article 71-41 : La faculté pour un créancier de faire contredit à une déclaration de créance déposée par un autre créancier semble être abrogée.

Article 71-47 : Modification de l'article 536 du Code de commerce : En cas de clôture des opérations de faillite pour absence d'actif il est prévu que les créanciers rentreront dans l'exercice de leur action individuelle contre les personnes et les biens du failli – mais uniquement contre celui déclaré banqueroutier simple ou frauduleux. Le failli – non inculpé – bénéficie donc d'une sorte de remise de dette – sans que soient réunies les conditions des articles 536-2 et suivants du Code de commerce (article 49 du Projet).

En cas de faillite d'une personne morale, celle-ci sera dissoute et les droits d'action des créanciers risquent d'être purement hypothétiques.

Article 71-50 : Modification de l'article 536-3 (3) dernier alinéa du Code de commerce : Quel est le sens de cette phrase ?

Article 71-52 : Si des actifs apparaissent postérieurement à la clôture de la faillite le tribunal peut ordonner la liquidation de la société. Est-ce que ce texte n'est pas contraire à l'article 536 du Code de commerce (article 71-47), sauf bien entendu, si ce dernier article ne s'applique qu'exclusivement aux faillis personnes physiques.

Article 71-52 (5) : Insertion d'un nouvel article 536-5 dans le Code de commerce dont le paragraphe 5 vise « *les règles régissant la liquidation de la faillite* » : Cette notion a été interprétée restrictivement par un arrêt de la Cour d'appel (v. Annexe). Est-ce que le régime restrictif est voulu en cas de réouverture d'une faillite en cas de survenance d'actifs nouveaux ?

Section 4 : Le titre de la Section 4 doit être renommé comme suit, afin de refléter les modifications effectuées aux articles 55 et suivants du Projet : « *Réorganisation judiciaire par transfert **par décision sous autorité de justice*** ». Par ailleurs, cette Section 4 doit être renumérotée en « *Section 3* ».

Titre 3 : Dispositions diverses et modificatives :

Article 72 (1) : Application des règles de la faillite aux (...) artisans, professions indépendantes : Est-ce qu'il y a volonté politique de n'appliquer que les règles relatives à **la liquidation** de la faillite ?

Modification de la loi du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat : Articles 75 à 77 : Il s'agit de dispositions fiscales ? Est-ce qu'elles seront suffisantes pour le débiteur qui a bénéficié d'une remise d'une partie de ses dettes et pour le créancier ayant dû renoncer à une partie de sa créance ?

Article 78 : Modification du Code pénal :

Article 78-7 : Est-ce que l'article 490-5 du Code pénal attribue compétence exclusive au tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale pour annuler les actes ou conventions frauduleuses mentionnés aux articles 490-1 et 490-3 ?

Article 78-8 : Article 490-6 du Code pénal : « *Les frais de poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse ne pourront être mis à la charge de la masse qu'en cas d'acquiescement, lorsque les curateurs, autorisés par une délibération prise à la majorité individuelle des créanciers présents, se seront portés partie civile.* »

Est-ce que ce texte n'oblige pas indirectement les curateurs à demander préalablement l'autorisation à une assemblée générale des créanciers avant de pouvoir se porter partie civile contre un débiteur en faillite ? Cette disposition est une ingérence sérieuse au pouvoir d'un curateur. Elle est en outre impossible à respecter dans des faillites importantes rassemblant souvent plusieurs centaines de créanciers ou dans des faillites avec peu d'actifs – et où les frais de convocation d'une telle assemblée dépassent les moyens financiers à disposition du curateur.

Article 78-10 : Article 490-8 du Code pénal : « *Dans tous les cas de poursuite et de condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse, les actions civiles, autres que celles visées à l'article 490-4,*

resteront séparées, et toutes les dispositions relatives aux biens prescrites pour la faillite, sont exécutées, sans qu'elles ne puissent être attribuées ni évoquées aux tribunaux d'arrondissement, ni aux tribunaux de police. ».

Quel est le sens de cet article ?

Ancien article 89 modifiant le Code du travail :

Il est intéressant de revoir ces articles initialement prévus dans le Projet et qui modifiaient le Code du travail. Entretemps, ils ont été radiés pour des raisons de choix politique.

Article 81 modifiant les articles 1200-1 et 1200-2 de la LSC :

Ne faudrait-il pas harmoniser l'article 1200-1 (7) et l'article 1200-3 (9) de la LSC visant le délai pour interjeter appel du jugement de mise en liquidation d'une société commerciale soumise au droit luxembourgeois ?

Par ailleurs, le Projet entend modifier aux articles 1200-1 et 1200-2 de la LSC la référence « *aux journaux imprimés au pays* » par « *aux journaux édités au Luxembourg* ». Or le nouvel article 1200-3 de la LSC (article 81, 2° du Projet) vise les « *journaux édités au Grand-Duché de Luxembourg* ». Il convient d'harmoniser les articles 1200-1, 1200-2 et 1200-3 de la LSC. Une référence au « *Grand-Duché de Luxembourg* » est préférable.

A titre de commentaire plus général et dans la mesure où le Projet a été modifié à plusieurs reprises, il convient de vérifier la numérotation et de la mettre à jour le cas échéant. A titre d'exemple, le paragraphe 2 de l'article 23 du Projet a été supprimé mais la référence au paragraphe 1 demeure. Il convient de supprimer cette indication.

En outre, des erreurs typographiques se sont glissées çà et là dans le Projet. Il convient de les corriger.

Enfin, il convient de préciser que la publication au Recueil électronique des sociétés et associations doit se faire conformément à l'article 67 du Projet (et non à l'article 65). Les articles 21, 23, 28, 36, 50, 54 et 66 du Projet sont concernés.

Luxembourg, le 14 juin 2023

Le Bâtonnier,
Pit RECKINGER

