



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

Procès-verbal de la réunion du 23 mai 2016

Ordre du jour :

1. Approbation du projet de procès-verbal de la réunion du 9 mai 2016
2. 6539 Projet de loi relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite et modifiant
(1) le livre III du Code de commerce,
(2) l'article 489 du Code pénal,
(3) la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de gage et le billet à ordre,
(4) la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises,
(5) la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance,
(6) la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière,
(7) la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
(8) la loi générale des impôts («Abgabenordnung»)
- Rapporteur : Monsieur Franz Fayot
- Examen des articles
3. Divers

*

Présents : M. Franz Fayot, M. Léon Gloden

Mme Pascale Millim, M. Daniel Ruppert, du Ministère de la Justice
Mme Tamara Lefèber, M. Christian Schuller, du Ministère de l'Economie

Mme Carole Closener, M. Christophe Li, de l'Administration parlementaire

Excusés : Mme Simone Beissel, Mme Viviane Loschetter, M. Roy Reding

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

1. **Approbation du projet de procès-verbal de la réunion du 9 mai 2016**

Ce point est reporté à une prochaine réunion.

2. **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»)**

Article 27

Le Conseil d'Etat note que l'article sous examen concerne les créances spécifiquement gagées au profit des tiers, ce qui constitue une application de la loi modifiée du 5 août 2005. Il peut paraître superfétatoire, mais le Conseil d'Etat ne s'oppose pas à son insertion dans la loi en projet.

Le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg (dénommé ci-après « TA Luxembourg ») s'interroge sur la signification des termes « n'affecte pas le sort ». Ces créances ne sont-elles pas touchées par le sursis et restent-elles exigibles ?

Le Conseil de l'Ordre du barreau de Luxembourg (dénommé ci-après « L'Ordre des avocats ») renvoie à ses commentaires faits relatifs à l'article 1^{er}. La disposition de l'article 27 n'a, à son sens, pas de raison d'être en droit luxembourgeois, au vu du champ d'application très vaste de la loi sur les contrats de garantie financière, qui couvre tous types de créances, sans limitation aucune. Elle devrait dès lors être supprimée.

Il est précisé par ailleurs que l'article 32 de la loi belge (équivalent de l'article 27 du projet de loi sous examen) a été complété en 2013 comme suit :

Art. 32. Le sursis n'affecte pas le sort des créances spécifiquement gagées depuis le moment de la constitution du gage. Les créances qui font partie d'un fonds de commerce donné en gage ne sont, en tant que telles, pas considérées comme spécifiquement gagées.

En réponse à ces observations, les membres de la PMCJ discutent des différentes options :

- maintenir le libellé inchangé, en rappelant que le Conseil d'Etat ne s'y oppose pas ;
- reprendre les modifications de la loi belge, en s'interrogeant sur la plus-value de l'introduction en droit luxembourgeois de ces dispositions;
- ou alors suivre l'Ordre des avocats en supprimant l'article.

En conclusion, les membres de la PMCJ décident de supprimer l'article sous référence. Ils rejoignent l'Ordre des avocats selon lequel la disposition de l'article 27 n'a pas de raison d'être, vu le champ d'application très vaste de la loi sur les contrats de garantie financière. Cette précision sera reprise dans le commentaire des articles figurant au rapport final.

La loi sur les contrats de garantie financière couvre notamment les gages sur biens futurs, qui comprendraient vraisemblablement les "créances spécifiquement gagées depuis le moment de la constitution du gage", les créances faisant partie d'un fonds de commerce étant de toute manière exclues du champ d'application de la loi sur les garanties financières. Il n'est ainsi pas nécessaire de prévoir une disposition spéciale pour ce type de gage.

Article 28

Alinéa 1^{er}

Le Conseil d'Etat note que le débiteur peut, nonobstant le sursis, procéder au paiement volontaire des créances sursitaires. Si, ce faisant, le débiteur doit respecter le principe de l'égalité des créanciers, tel que l'a souligné le tribunal d'arrondissement de Luxembourg dans son avis du 14 mars 2013, le Conseil d'Etat donne néanmoins à considérer que, dans la mesure où la continuité de l'entreprise doit être assurée, un traitement inégalitaire entre les créanciers ne saurait être évité. Il est d'avis qu'un tel paiement doit cependant être nécessaire pour la continuité de l'entreprise.

A cette fin, il propose de compléter l'alinéa 1^{er} en y ajoutant à la fin « , dans la mesure où ce paiement est nécessaire à la continuité de l'entreprise » comme rajouté par la loi belge du 27 mai 2013 modifiant celle du 31 janvier 2009 précitée.

Le TA Luxembourg s'interroge si la possibilité donnée au débiteur de payer volontairement certains créanciers n'est pas subordonnée à des conditions? N'y aurait-il pas lieu de préciser que ce paiement doit être indispensable pour assurer la continuité de l'activité? Sinon, le principe de l'égalité des créanciers est sérieusement battu en brèche, surtout au vu du dernier alinéa de l'article 28 qui écarte l'application des articles 445 et 446 du Code de commerce. Dans la formulation actuelle du texte, le risque d'abus semble manifeste !

La Chambre des Métiers considère que la précision donnée par les commentaires du texte, qui indiquent que « le débiteur peut, s'il en retire un avantage, volontairement régler certaines créances mais seulement si cela ne met pas en péril l'entreprise ou si cela n'est pas frauduleux » devrait également, dans un souci de clarté, figurer dans le texte.

Dans un souci d'éviter un renchérissement du crédit et donc de freiner l'esprit entrepreneurial, voire celui de seconde chance, la Chambre de Commerce appelle d'une manière générale à ce que les auteurs du projet de loi tiennent compte des réflexions menées en Belgique à ce sujet.

Ainsi, le rapport de 2012 précité relatif à la LCE dispose que: « (...) le sort des cautions dans le cadre de la LCE devrait retenir l'attention du législateur. »

A noter finalement que selon l'article 64, le sursis profite à tout le moins aux personnes qui se sont constituées sûreté personnelle du débiteur à titre gratuit, ce qui est salué.

L'Ordre des avocats propose de compléter le texte de l'article dans le sens de la loi d'amendement belge et d'ajouter que le débiteur ne pourra régler des créances sursitaires que dans la mesure où un tel paiement volontaire est nécessaire pour la continuité ou la survie de l'entreprise : « Le sursis ne fait pas obstacle au paiement volontaire de créances sursitaires par le débiteur dans la mesure où ce paiement est nécessaire à la continuité de l'entreprise ».

En réponse à ces observations, les membres de la PMCJ décident de suivre le Conseil d'Etat en reprenant le bout de phrase de la loi belge « , dans la mesure où ce paiement est nécessaire à la continuité de l'entreprise » .

Alinéa 2

Le Conseil d'Etat note que l'alinéa 2 dispose que « le sursis ne profite pas aux codébiteurs ni aux débiteurs de sûretés personnelles ».

Selon le Conseil d'Etat, il convient d'y ajouter les sûretés réelles.

Le Conseil d'Etat note que les codébiteurs et les sûretés personnelles sont également mentionnés aux articles 48, alinéa 2, 52, alinéa 5, et 65, alinéa 4, du projet de loi sous avis, mais en utilisant une terminologie différente.

Il propose d'utiliser dans les quatre articles visés des termes identiques et de se référer aux codébiteurs ainsi qu'aux « personnes ayant constitué des sûretés personnelles ou réelles ».

Selon l'Ordre des avocats, l'alinéa 2 de l'article sous rubrique dispose que le sursis ne profite pas aux codébiteurs ni aux débiteurs de sûretés personnelles. En utilisant uniquement le terme de « débiteurs de sûretés personnelles », le texte n'inclut pas les cautions réelles qu'il s'agira de rajouter.

L'Ordre des avocats propose donc de rédiger l'alinéa 2 de la façon suivante : « Le sursis ne profite pas aux codébiteurs, ni aux débiteurs de sûretés personnelles ni aux cautions réelles. ».

En réponse à ces observations, plusieurs points sont discutés par les membres de la PMCJ :

- l'opportunité d'insérer les sûretés réelles, comme l'a suggéré le Conseil d'Etat ;
- l'analyse du champ d'application des sûretés personnelles en droit luxembourgeois et la prise en compte du risque que certaines sûretés personnelles se chevaucheraient avec des garanties financières ;
- le risque d'une extension excessive du champ d'application de la disposition sous référence ;
- l'application d'office du principe que « l'accessoire suit le principal » ;
- la volonté de préserver la continuité de l'entreprise sans chambouler l'octroi de crédit ;
- l'analogie entre la mesure sous référence et les articles 593 et suivants du Code de commerce relatifs au sursis de paiement ;
- l'importance considérable de la disposition sous référence en pratique ;
- la volonté d'assurer l'efficacité d'une mesure de réorganisation de l'entreprise ;
- le maintien du caractère exigible de la créance principale malgré le sursis ;
- l'opportunité d'insérer une disposition spécifique relative au cautionnement disproportionné ;
- l'analyse de la doctrine belge relative à la disposition de l'article 33, alinéa 2 de la loi modifiée du 31 janvier 2009.

En conclusion, les membres de la PMCJ décident de ne pas insérer de disposition quant aux sûretés réelles.

En réponse à l'observation du Conseil d'Etat qui suggère d'utiliser, dans le cadre des articles 48, alinéa 2, 52, alinéa 5, et 65, alinéa 4, du présent projet de loi des termes identiques pour se référer aux codébiteurs et aux débiteurs de sûretés personnelles, les membres de la PMCJ décident de reprendre la proposition de texte formulée par le Conseil d'Etat, à l'exception des termes « ou réelles ».

Par ailleurs, les membres de la PMCJ notent que la loi modifiée du 31 janvier 2009 dispose désormais dans son article 33, paragraphe 3 :

« Sans préjudice des articles 2043 bis à 2043 octies du Code civil, le sursis ne profite pas aux codébiteurs ni aux débiteurs de sûretés personnelles (...). »

Lors de la discussion entre les membres de la PMCJ, les points suivants sont abordés :

- l'opportunité d'insérer une disposition similaire en droit luxembourgeois ;
- l'analyse du champ d'application de l'article 2016 du Code civil ;
- la sanction de la déchéance et l'inefficacité du cautionnement ;
- l'application de la *lex specialis* qui déroge à la loi générale.

En conclusion, les membres de la PMCJ décident d'insérer une disposition similaire à l'alinéa 2, qui se lira comme suit :

« **Sans préjudice de l'article 2016 du Code civil,** le sursis ne profite pas aux codébiteurs ni aux débiteurs personnes ayant constitué des sûretés personnelles. »

Alinéas 3 et 4

Les deux derniers alinéas concernant l'action directe prévue par l'article 1798 du Code civil et l'inapplicabilité des articles 445, 2° et 446 du Code de commerce n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Le TA Luxembourg estime que dans un souci de logique le dernier alinéa de l'article devrait devenir l'alinéa 2.

Les membres de la PMCJ décident de maintenir l'ordre des dispositions sous référence.

Par ailleurs, les membres de la PMCJ notent que la loi belge prévoit désormais une disposition spécifique relative aux coobligés du débiteur, c'est-à-dire le conjoint, l'ex-conjoint ou encore le cohabitant légal du débiteur.

Pour rappel, l'article 33, paragraphe 2 de la loi modifiée du 31 janvier 2009 dispose que :

« Le sursis profite au conjoint, ex-conjoint ou cohabitant légal du débiteur, qui est coobligé, par les effets de la loi, aux dettes de son époux, ex-époux ou cohabitant légal.

Cette protection ne peut profiter au cohabitant légal dont la déclaration de cohabitation légale a été faite dans les six mois précédant l'introduction de la requête visant à engager une procédure de réorganisation judiciaire visée à l'article 17, § 1^{er}. »

Les membres de la PMCJ admettent que le régime matrimonial a un impact sur la situation du coobligé du débiteur. Toutefois une telle disposition ne s'appliquerait uniquement aux commerçants personnes physiques et aux artisans personnes physiques.

Lors de la discussion qui s'ensuit, les points suivants sont abordés:

- l'opportunité d'insérer une disposition similaire dans l'alinéa sous référence ;
- le nombre décroissant de commerçants personnes physiques et l'importance relative d'une telle disposition en pratique ;
- l'impact du régime matrimonial sur la situation du conjoint du débiteur ;
- la situation des personnes pacsées (aucune communauté d'actifs n'est instaurée) ;
- la prise en compte de la situation spécifique des commerçants personnes physiques et des artisans personnes physiques ;
- le risque d'insécurité juridique en cas d'absence d'insertion d'une limite temporelle.

Les membres de la PMCJ estiment que l'insertion d'une telle disposition en droit luxembourgeois pourrait être utile. Il convient d'examiner de manière plus approfondie le cas de la "cohabitation" et son régime juridique. Ceci semble correspondre à un statut particulier en Belgique, dont il n'est pas sûr qu'il y ait un équivalent au Luxembourg. Une proposition de formulation sera examinée lors d'une réunion ultérieure.

En outre, les membres de la PMCJ notent que le législateur belge a inséré une disposition spécifique quant aux marchés publics.

Pour rappel, l'article 33, paragraphe 4 de la loi modifiée du 31 janvier 2009 dispose que :

« Les créances sursitaires ne sont pas prises en considération dans la réglementation sur les marchés publics pour établir si le débiteur respecte ou non les modalités de remboursement des créances concernées. L'Office national de la Sécurité sociale ou l'administration des impôts ne font pas mention de ces créances dans les attestations ils délivrent ».

Les membres de la PMCJ estiment cependant qu'il n'est pas opportun d'insérer une disposition similaire dans l'article sous rubrique.

En conclusion des discussions ci-dessus, et sous réserve de modifications supplémentaires, l'article 28 serait amendé comme suit :

« Art. 28. Le sursis ne fait pas obstacle au paiement volontaire de créances sursitaires par le débiteur dans la mesure où ce paiement est nécessaire à la continuité de l'entreprise ».

Sans préjudice de l'article 2016 du Code civil, le sursis ne profite pas aux codébiteurs ni aux débiteurs personnes ayant constitué des sûretés personnelles.

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

Les articles 445, 2° et 446 du Code de commerce ne sont pas applicables aux paiements faits au cours de la période de sursis.
(+ disposition à insérer concernant coobligés du débiteur) ».

Article 29

Le Conseil d'Etat estime que l'article relatif aux compensations n'appelle pas d'observation.

Les membres de la PMCJ décident de maintenir la disposition sous référence.

Article 30

Paragraphe 1^{er} :

Alinéa 2

Le Conseil d'Etat considère que le manquement doit être antérieur au commencement de la période de sursis, mais la mise en demeure du créancier ne doit pas l'être.

Selon le TA Luxembourg, l'alinéa 2 est à reformuler pour éviter la répétition du terme manquement (lorsque le débiteur y met fin).

En outre, le TA Luxembourg soulève l'observation et les questions suivantes :

- Aucune limite de temps n'est fixée quant à l'origine de ce manquement.
- Suffit-il qu'il soit antérieur au sursis?
- Si le manquement consiste dans un défaut de paiement, est-ce que dans cette hypothèse le créancier ne peut plus invoquer l'exception d'inexécution?

Les membres de la PMCJ notent que le législateur belge a inséré la mention : « en s'exécutant » à l'article 35, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 31 janvier 2009 (équivalent de l'article 30 du projet de loi sous examen),

Les membres de la PMCJ décident de reprendre cette mention dans l'alinéa sous référence. Ils estiment que cet ajout répond également aux interrogations soulevées par le TA Luxembourg.

Partant, l'alinéa 2 sous rubrique sera amendé comme suit :

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

Paragraphe 2 :

Le Conseil d'Etat estime que le paragraphe sous référence n'appelle pas d'observation.

La Chambre de Commerce note une erreur de renvoi à l'article 22 paragraphe 1^{er} qui devrait se lire article 21 paragraphe 1^{er}.

Les membres de la PMCJ décident de remplacer le renvoi effectué à l'article 22 paragraphe 2 par un renvoi à l'article 21 paragraphe 2.

Par ailleurs, les membres de la PMCJ notent que le législateur belge a inséré la disposition suivante à l'article 35, paragraphe 2 (équivalent de l'article 30 du projet de loi) :

« L'exercice de ce droit ne prive pas le créancier du droit de suspendre ses propres prestations ».

Il s'ensuit une discussion, au cours de laquelle les points suivants sont abordés :

- l'opportunité d'insérer une disposition similaire dans l'alinéa sous rubrique ;
- l'application du droit général des obligations et, le cas échéant, de l'exception d'inexécution par le cocontractant ;
- l'application de la responsabilité contractuelle ;
- le principe de la liberté contractuelle ;
- l'opportunité d'insérer une suspension légale de l'exécution contractuelle.

En conclusion, les membres de la PMCJ décident de ne pas insérer de disposition similaire au droit belge dans le paragraphe sous rubrique. Ils estiment en effet qu'une telle disposition serait superfétatoire eu égard au droit des contrats qui est applicable. Cette précision sera reprise dans le commentaire des articles figurant au rapport final.

Paragraphe 3 :

Alinéa 1^{er}

Le Conseil d'Etat estime que le paragraphe sous référence n'appelle pas d'observation.

Le TA Luxembourg estime que la définition d'une clause pénale étant connue, il y a lieu de la supprimer dans le texte.

En outre, le TA Luxembourg soulève les questions suivantes :

- La signification des termes « restent sans effet » n'est-elle pas une source d'incertitude?
- Faut-il comprendre que les clauses pénales sont suspendues ou interrompues?
- La deuxième phrase de l'alinéa 3 est inutile. En droit commun le créancier a toujours le choix entre la clause pénale et son dommage réel.

Il s'ensuit une discussion, au cours de laquelle les points suivants sont abordés :

- l'opportunité de maintenir une définition de la clause pénale ;
- l'analyse du champ d'application de la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard ;
- l'examen du champ d'application des clauses pénales et des clauses de majoration du taux d'intérêt ;
- le risque de confusion entre la clause pénale et de la clause de majoration du taux d'intérêt.

Afin d'éviter toute ambiguïté, les membres de la PMCJ décident d'amender le texte du paragraphe 3 comme suit :

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

En réponse aux remarques soulevées par le TA Luxembourg, il est précisé que les clauses pénales sont suspendues.

En conclusion des discussions ci-dessus, et sous réserve de ne pas y apporter des modifications supplémentaires, l'article 30 serait donc amendé comme suit :

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

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

(2) Le débiteur peut cependant, même en l'absence de disposition contractuelle en ce sens, décider de ne plus exécuter un contrat en cours pendant la durée du sursis, en notifiant cette décision à ses cocontractants conformément à l'article 21 22 paragraphe 2, à la condition que cette non-exécution soit nécessaire pour pouvoir proposer un plan de réorganisation aux créanciers ou rendre le transfert sous autorité judiciaire possible.

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

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

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

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

Article 31

Selon le Conseil d'Etat, l'article en question n'appelle pas d'observation quant au fond.

La Chambre de Commerce propose de remplacer le terme « déclaration d'ouverture de la procédure » par « jugement déclarant l'ouverture de la procédure ».

Les membres de la PMCJ notent que le législateur belge a modifié l'article 36 de la loi modifiée du 31 janvier 2009 (équivalent de l'article 31 du projet de loi sous examen). Cet article dispose désormais que :

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

Les points suivants sont discutés par les membres de la PMCJ :

- le champ d'application des intérêts moratoires et des intérêts compensatoires ;
- le sursis et les intérêts rémunérateurs applicables aux contrats de prestations de services successifs dont l'exécution est poursuivie après la déclaration d'ouverture de la procédure de réorganisation ;
- la protection des intérêts des fournisseurs éventuels du débiteur et l'incitation d'assurer l'efficacité du mécanisme de la réorganisation ;
- l'analogie à la non-application de la clause pénale durant la période de sursis.

Les membres la PMCJ décident de reprendre la disposition belge contenue à l'article 36 de la loi modifiée du 31 janvier 2009.

Partant, l'article 31 sera amendé comme suit :

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

Quant à la remarque de la Chambre de Commerce, les membres de la PMCJ prennent acte de la remarque, ils décident néanmoins de maintenir la disposition sous référence.

Article 32

Alinéa 1^{er}

Le Conseil d'Etat note que d'après le commentaire des articles, « un droit de priorité est donné à ces contractants [c'est-à-dire les titulaires de créances se rapportant à des prestations effectuées pendant la période de la procédure de réorganisation judiciaire] au cas où la procédure serait un échec. Cette mesure est essentielle pour obtenir la confiance des contractants et assurer ainsi la continuité de l'entreprise. A défaut, les contractants risquent d'exiger des paiements au comptant ».

Le droit de priorité ainsi conféré à ces créanciers, qui verront leurs créances considérées comme des dettes de la masse en cas de procédure collective, est soumis à la condition de l'existence d'un « lien étroit » entre la fin de la procédure de réorganisation et la procédure collective.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'étendue du « lien étroit »? Il semble s'agir d'un lien temporel, la procédure collective étant ouverte peu de temps après la fin de la procédure de réorganisation judiciaire. Si l'existence de ce « lien étroit » est évidente lorsque la procédure collective est ouverte dans le cadre de la procédure de réorganisation judiciaire, le défaut de précision du « lien étroit », notamment sa durée, ne va pas dans le sens de la confiance des contractants mise en avant par les auteurs du projet de loi.

Le Conseil d'Etat suggère de compléter l'alinéa 1^{er} tel que proposé dans l'avis du Conseil de l'Ordre des avocats.

Le TA Luxembourg note que l'article contient une répétition du terme « dans la mesure » (3x)

Il propose de modifier le texte de la façon suivante:

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

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

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

En outre, le TA Luxembourg soulève les questions suivantes :

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

Le Tribunal d'arrondissement de Diekirch (dénommé ci-après « TA Diekirch ») s'interroge sur la définition du « lien étroit » entre la fin de la procédure de réorganisation et la procédure collective (faillite, liquidation) subséquente.

L'Ordre des avocats note que les dispositions des articles 30, 31 et 32 du projet traitent des créances non sursitaires.

Le sursis ne leur est pas opposable. Les créanciers non sursitaires ont le droit de saisir et de réaliser les biens du débiteur même pendant le sursis pour des créances qui sont postérieures à l'ouverture de la procédure. Afin de maintenir la confiance des créanciers non sursitaires pendant la procédure de réorganisation, l'article 32 leur garantit le droit d'être traités comme créanciers de la masse en cas d'échec de la procédure de réorganisation et en cas de faillite subséquente.

Ce traitement a priori favorable l'est moins si on analyse le texte en détail : l'article 32 pose d'abord comme condition « un lien étroit entre la fin de la procédure de réorganisation et la procédure collective », condition qui est extrêmement floue.

Pour parer à cette incertitude juridique (qui risque dans bien des cas de décourager des créanciers à supporter l'entreprise en difficulté lors de la procédure de réorganisation), l'on pourrait songer à introduire une présomption (qui devrait être irréfragable) que ce lien étroit existe si la procédure collective intervient endéans un certain délai après la fin de la procédure de réorganisation – une période de 12 mois pourrait paraître appropriée.

L'Ordre des avocats propose d'ajouter la phrase suivante à la fin du premier alinéa de l'article 32: « Un tel lien étroit existe notamment si la procédure collective est ouverte endéans les douze mois suivant la fin de la procédure de réorganisation ».

Il est entendu qu'a fortiori, la question du « lien étroit » ne devrait même pas se poser pour le cas où la procédure collective est ouverte dans le cadre de la procédure de réorganisation.

Par ailleurs, le texte ne répond pas à la question du sort de ces créanciers en cas de fin anticipée de la procédure qui n'est pas suivie d'une faillite.

Il s'ensuit une discussion au cours de laquelle les points suivants sont abordés :

- l'opportunité d'insérer une présomption irréfragable du lien étroit, telle que proposée par l'Ordre des avocats ;
- la durée raisonnable d'un tel « lien étroit » ;
- l'insertion d'une garantie supplémentaire aux fournisseurs du débiteur ;
- la volonté d'accroître la sécurité juridique et d'assurer l'efficacité du mécanisme de la réorganisation.

Les membres de la PMCJ décident de reprendre la formulation proposée par l'Ordre des avocats qui est également appuyée par le Conseil d'Etat :

« Un tel lien étroit existe notamment si la procédure collective est ouverte endéans les douze mois suivant la fin de la procédure de réorganisation ».

Alinéas 2 et 3

Le Conseil d'Etat partage finalement l'avis du TA Luxembourg qui a relevé le caractère incompréhensible des deux derniers alinéas de cet article. Il ajoute à cette observation que l'articulation des dispositions de ces alinéas avec celles de l'alinéa 1^{er} lui paraît tout aussi impénétrable.

Le TA Luxembourg estime que les deux derniers alinéas sont incompréhensibles.

Les membres de la PMCJ prennent note des observations du Conseil d'Etat et du TA Luxembourg.

Afin d'assurer la clarté et la lisibilité de l'article sous référence, les membres de la PMCJ décident de reprendre la proposition de texte telle que formulée par le TA Luxembourg et d'insérer à l'alinéa 1^{er} la proposition du texte de l'Ordre des avocats.

Le texte modifié de l'article 32 du projet de loi se lit comme suit :

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

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

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

Article 33

Paragraphe 1^{er}

Nouvel alinéa 3

Le Conseil d'Etat note que la loi belge du 27 mai 2013 a introduit l'exigence, sanctionnée par l'irrecevabilité de la requête, que celle-ci soit déposée 14 jours au moins avant l'expiration du délai octroyé afin d'éviter des requêtes déposées au dernier moment.

D'une manière générale, et dans un souci d'efficacité, la Chambre des Métiers est d'avis qu'il est nécessaire de s'assurer que le laps de temps s'écoulant entre le dépôt de la requête et la fin de la procédure ne soit pas trop long.

Les membres de la PMCJ notent en effet les modifications effectuées par le législateur belge. Ils estiment qu'il serait judicieux d'insérer dans un nouvel alinéa 3 une disposition similaire que celle contenue au paragraphe 4 de l'article 38 de la loi modifiée du 31 janvier 2009 .

Partant, le nouvel alinéa 3 se lira comme suit :

« La requête doit être déposée, sous peine d'irrecevabilité, au plus tard quatorze jours avant l'expiration du délai octroyé ».

Paragraphe 2

Alinéa 1^{er}

Le Conseil d'Etat note que d'après le paragraphe 1^{er}, le sursis peut être prorogé une ou plusieurs fois sans pouvoir dépasser la durée maximale de douze mois. Cependant, le paragraphe 2 envisage une prorogation « dans des circonstances exceptionnelles et si les

intérêts des créanciers le permettent » pour six mois. Il semblerait que ces six mois s'ajoutent alors à la durée maximale de douze mois du paragraphe 1^{er}. La rédaction du paragraphe 2 n'est pas très claire.

Il faut ainsi remplacer, dans l'alinéa 1^{er} du paragraphe 2, « ce délai » par « la durée maximale du sursis prévue au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, ».

L'Ordre des avocats soulève une observation similaire :

L'article 33 omet de préciser comment les décisions de prorogation sont portées à la connaissance des créanciers.

L'Ordre des avocats propose les modifications suivantes : introduction d'un nouveau paragraphe 3 à l'article 33 inspiré de l'article 38 (4) de la loi amendée belge ayant la teneur suivante: « Le jugement prorogeant le sursis est publié par extrait à la diligence du greffier et aux frais du débiteur dans les cinq jours de sa date au Mémorial C ainsi que dans deux quotidiens luxembourgeois de large diffusion. »

Les membres de la PMCJ tiennent à préciser que le délai maximal du sursis est de 18 mois. Afin d'éviter toute ambiguïté au sein de l'alinéa sous rubrique, les membres de la PMCJ décident de suivre la proposition de texte formulée par le Conseil d'Etat.

Partant, l'alinéa 1^{er} du paragraphe 2 se lira comme suit :

(2) Dans des circonstances exceptionnelles et si les intérêts des créanciers le permettent, la durée maximale du sursis prévue au paragraphe 1er, alinéa 2, ce délai peut cependant être prorogé de maximum six mois. »

La Chambre des Métiers soulève les observations suivantes :

- La Chambre des Métiers est d'avis que, dans un souci de clarté et de compréhension, il serait judicieux que soient révélées des informations apparaissant dans les commentaires de l'article, de sorte que le paragraphe (2) prenne la formulation suivante: « Dans des circonstances exceptionnelles et si les intérêts des créanciers le permettent, ce délai peut cependant être prorogé une nouvelle fois de six mois, pouvant ainsi atteindre un maximum de dix-huit mois. »

Chambre de Commerce

La Chambre de Commerce estime qu'il serait raisonnable d'accorder la possibilité d'interjeter appel au débiteur voyant sa demande de prorogation du sursis rejetée, tout en encadrant l'exercice de ce recours dans des délais extrêmement courts.

TA Luxembourg

L'alinéa 2 du point 1) est en contradiction avec le point 2). Le fait qu'il n'y ait pas de recours pour les créanciers est difficile à admettre, vu qu'ils peuvent en définitive se voir imposer un sursis de 18 mois (sans compter les délais additionnels au cas où un accord collectif est proposé).

Nouveau paragraphe 3 (ancien alinéa 3 du paragraphe 2)

La Chambre des Métiers relève une erreur de forme au dernier point du projet d'article 33, celui-ci devant être formulé comme suit: « Les décisions rendues en vertu du présent article ne sont susceptibles ni d'opposition ou ni d'appel. »

En réponse à cette observation, les membres de la PMCJ décident de reprendre la formulation proposée par la Chambre des Métiers.

Ils estiment qu'il serait opportun, pour des raisons de lisibilité et de cohérence, de mentionner expressément que lesdites décisions ne sont susceptibles ni d'appel, ni d'opposition.

Ils décident de transformer l'alinéa 3 du paragraphe 2 en un nouveau paragraphe 3, formulé comme suit :

« **(3)** Les décisions rendues en vertu du présent article ne sont susceptibles ni d'opposition ~~ou~~, ni d'appel. »

Nouveau paragraphe 4

Le Conseil d'Etat estime que l'article 33 devra être complété par un paragraphe 4 relatif à la publication du jugement autorisant la prorogation de la période de sursis.

En réponse à cette observation, les membres de la PMCJ estiment qu'il serait judicieux d'insérer une disposition similaire à celle contenue au paragraphe 4 de l'article 38 de la loi modifiée du 31 janvier 2009 en l'adaptant au droit luxembourgeois par l'insertion d'une mention relative au Recueil électronique des sociétés et associations.

Partant, le nouveau paragraphe 4 se lit comme suit :

« **(4) Le jugement prorogant le sursis est publié par extrait, à la diligence du greffier et dans les cinq jours de sa date, au Recueil électronique des sociétés et associations** ».

En conclusion des discussions ci-dessus, et sous réserve de ne pas y apporter des modifications supplémentaires, l'article 33 serait donc amendé comme suit :

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

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

La requête doit être déposée, sous peine d'irrecevabilité, au plus tard quatorze jours avant l'expiration du délai octroyé.

(2) Dans des circonstances exceptionnelles et si les intérêts des créanciers le permettent, **la durée maximale du sursis prévue au paragraphe 1er, alinéa 2, ce délai** peut cependant être prorogé de maximum six mois.

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

(3) Les décisions rendues en vertu du présent article ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel.

(4) Le jugement prorogeant le sursis est publié par extrait, à la diligence du greffier et dans les cinq jours de sa date, au Recueil électronique des sociétés et associations. »

Article 34

Alinéa 1^{er}

Point 1

Le Conseil d'Etat estime que l'article sous référence n'appelle pas d'observation quant au fond.

Le TA Luxembourg propose de rayer les mots « en vue d'obtenir sursis » comme ils sont superflus.

Quant à la remarque du TA Luxembourg, les membres de la PMCJ estiment que la précision a toute son utilité. Ils notent que le débiteur peut solliciter l'obtention d'un sursis, dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire, afin de pouvoir mieux négocier un accord extra-judiciaire avec ses créanciers.

Partant, les membres de la PMCJ décident de maintenir la disposition sous rubrique.

Nouveau point 3

Les membres de la PMCJ notent que le législateur belge a inséré au sein l'article 39 de la loi modifiée du 31 janvier 2009, un nouveau point 3 qui se lit comme suit :

« 3° s'il a sollicité une réorganisation judiciaire pour réaliser un transfert d'entreprise sous autorité de justice, à pouvoir, lorsque le transfert ne porte que sur une partie du patrimoine de la personne morale, proposer un plan de réorganisation pour le solde du patrimoine »

Les membres de la PMCJ décident qu'il serait opportun d'insérer une disposition identique dans l'alinéa sous rubrique.

Partant, le nouveau point 3 de l'alinéa 1^{er} se lit comme suit :

« 3° s'il a sollicité une réorganisation judiciaire pour réaliser un transfert d'entreprise sous autorité de justice, à pouvoir, lorsque le transfert ne porte que sur une partie du patrimoine de la personne morale, proposer un plan de réorganisation pour le solde du patrimoine ».

Le texte de l'article 34 se lit comme suit :

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

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

2° s'il a sollicité la procédure de réorganisation judiciaire pour proposer un plan de réorganisation et que celui-ci ne paraît pas réalisable, qu'il consente au principe d'un transfert, sous autorité de justice, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités, auquel cas la procédure est poursuivie pour assurer ce transfert.

3° s'il a sollicité une réorganisation judiciaire pour réaliser un transfert d'entreprise sous autorité de justice, à pouvoir, lorsque le transfert ne porte que sur une partie du patrimoine de la personne morale, proposer un plan de réorganisation pour le solde du patrimoine.

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

3. Divers

Aucun point divers n'est soulevé.

Luxembourg, le 23 mai 2016

Le Secrétaire-administrateur (*stagiaire*),
Christophe Li

Le Président,
Franz Fayot

Le Secrétaire-administrateur
Carole Cloener