



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

Procès-verbal de la réunion du 13 juin 2016

Ordre du jour :

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions du 21 mars, des 11, 18 et 25 avril 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 : Mme Simone Beissel, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden, Mme Viviane Loschetter

Mme Tamara Lefèber, M. Christian Schuller, du Ministère de l'Economie

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

Mme Carole Closener, de l'Administration parlementaire

Excusé : M. Roy Reding

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions du 21 mars, des 11, 18 et 25 avril 2016

Les projets de procès-verbal des réunions du 21 mars, des 11, 18 et 25 avril 2016 sont approuvés.

- 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 »)**

Continuation de l'examen des articles

Article 42

Selon le Conseil d'Etat, l'article sous examen n'appelle pas d'observation quant au fond. Pour des raisons de clarté rédactionnelle, le Conseil d'Etat propose de rédiger le paragraphe 1^{er}, alinéa 2, comme suit:

« Si un mandataire de justice est désigné par le tribunal par application de l'article 22, il assiste le débiteur dans l'élaboration du plan. »

D'après la Chambre des salariés, le projet de loi devrait modifier le Code du travail afin d'obliger tout employeur à informer et consulter les salariés ou leurs représentants sur tout projet de réorganisation. Or, le projet soumis pour avis omet de procéder à cet ajout. Ces dispositions ne doivent pas venir remplacer celles applicables en matière de licenciement, mais les compléter.

Il est rappelé que l'article 42 a été calqué sur l'article 47 de la loi belge, qui n'a pas été modifié en 2013.

En ce qui concerne la proposition de rédaction du Conseil d'Etat, il est précisé que le libellé du paragraphe 1^{er}, alinéa 2 a été repris à l'identique de la loi belge. Partant, les membres de la PMCJ décident de le maintenir.

Pour ce qui est du dernier alinéa du paragraphe 2, ils proposent de le transformer en un paragraphe 3, à l'instar de l'article 47 de la loi belge.

Partant, l'article 42 sera amendé comme suit :

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

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

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

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

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

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

Quant aux remarques faites par la Chambre des Salariés, il y a lieu d'en revenir aux articles correspondants, dont notamment lors de la discussion sur l'article 44.

Article 43

Selon le Conseil d'Etat, le libellé n'appelle pas d'observation.

Le TA Luxembourg soulève la question de savoir quelles créances sont visées lorsqu'il est question de créances à naître du fait du vote ou de l'homologation du plan de réorganisation.

Dans la doctrine belge on trouve les exemples suivants:

- « En même temps qu'il ouvre le droit à restitution de la TVA dans le chef du créancier victime de l'abattement, le jugement qui homologue le plan de réorganisation fait [...] naître à charge du débiteur en réorganisation une dette de paiement de cette TVA envers l'administration des impôts dans la mesure où il a récupéré antérieurement la taxe dans sa déclaration périodique. En vertu de l'article 2,c) de la loi, la créance de l'administration qui en est le corollaire est une créance sursitaire. Il incombe dès lors au débiteur en réorganisation de préciser les modalités de paiement de cette créance dans le plan de réorganisation. » (A. Zenner, « Le bon plan – Elaboration, vote et homologation du plan de réorganisation judiciaire », in La loi sur la continuité des entreprises : premiers enseignements, séminaire organisé le 24 novembre 2010 à Verviers, www.financialforum.be/FinancialForum/DOC/879a.pdf, p.33)
- « On songe (essentiellement) à la dette de restitution de la TVA ayant été portée en compte au débiteur en réorganisation lors de sa facturation par les créanciers et qui naît, selon l'administration fiscale, au moment de l'homologation en contrepartie du droit de déduction par ces créanciers de la partie impayée de la TVA. » (A. Zenner, La nouvelle loi sur la continuité des entreprises – Prévention et réorganisation des entreprises en difficulté, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 125 »

Il est proposé de vérifier avec l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines le traitement au Luxembourg de ce type de créances.

Article 44

Selon le Conseil d'Etat, à l'alinéa 1^{er}, il convient d'écrire: « la conversion de créances en actions ou parts sociales ».

Les membres de la PMCJ décident de reprendre ce libellé.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 50 en ce qui concerne le respect du principe de l'égalité entre créanciers.

Conformément aux deux derniers alinéas, le plan de réorganisation peut prévoir un volet social « dans la mesure où un tel plan n'a pas été négocié ». Ce plan peut prévoir des licenciements. Le Conseil d'Etat note que les deux alinéas visés sont incompatibles avec les dispositions de l'article L. 512-11 et les articles L. 513-1 à L. 513-3 du Code du travail. Selon les auteurs du projet, « la conciliation nécessaire entre partenaires sociaux » interviendrait selon les procédures de droit commun. Or, les articles du Code du travail relatifs aux licenciements collectifs ci-avant cités ne se limitent pas à impliquer les partenaires sociaux par un simple recours à leur audition, mais exigent des discussions « aux niveaux appropriés » en vue de l'établissement d'un plan de maintien dans l'emploi, sinon, et en cas d'échec des négociations, un rapport circonstancié signé par toutes les parties à adresser à la présidence du comité de conjoncture (cf. article L. 513-3, paragraphe 6 du Code du travail). A défaut de lever cette contradiction, le Conseil d'Etat s'oppose formellement aux dispositions des deux alinéas de l'article sous examen.

Les membres de la PMCJ décident de revenir ultérieurement sur les dispositions en question.

Le Conseil d'Etat note par ailleurs qu'il y a lieu d'omettre l'évocation du comité mixte d'entreprise qui sera aboli par l'entrée en vigueur de la loi du 23 juillet 2015 portant réforme du dialogue social.

La Chambre de commerce rappelle l'introduction d'un nouvel article 49/1 dans la loi belge afin de redresser les grandes inégalités entre créanciers. Le législateur belge impose désormais que les plans de réorganisation incluent pour tous les créanciers une proposition de paiement qui ne peut être inférieure à quinze pour cent du montant de la créance. La Chambre de commerce estime qu'il serait judicieux de s'inspirer des dysfonctionnements constatés relativement à la pratique des dispositions de l'article 49 LCE, et de déterminer dès à présent un plafond minimum de proposition de paiement des créanciers à formuler dans le plan de réorganisation.

Par ailleurs, il est prévu au premier alinéa que le plan de redressement peut prévoir la conversion de créances en actions. Il conviendrait ici d'assujettir cette possibilité aux conditions d'agrément légalement et statutairement applicables à la société débitrice, suivant sa forme juridique. Techniquement, la créance est apportée par voie d'apport en nature et est ainsi soumise à la procédure d'évaluation des apports en nature dans le cas d'une société de capitaux. A noter enfin que le terme „parts sociales“ serait plus approprié pour certaines sociétés, comme celles à responsabilité limitée (idem Conseil d'Etat).

L'Ordre des avocats note que le dernier alinéa de l'article 44 prévoit que les représentants du personnel « seront entendus ». L'Ordre des avocats attire l'attention sur le fait que le droit

du travail ne prévoit que trois degrés d'information allant de la simple communication à la consultation en passant par l'information. Dès lors, il serait opportun de définir exactement le terme « entendre » (les représentants du personnel devraient-ils émettre un avis?) ou alors de se référer aux notions du droit du travail.

Il est rappelé que l'article 44 a été calqué sur l'article 49 de la loi belge. Suite à une modification effectuée en 2013, à l'alinéa 3, le bout de phrase suivant les termes « créances annexes » a été supprimé.

En outre, le législateur belge a introduit en 2013 un nouvel article 49/1 libellé comme suit :

« **Art. 49/1.** Les propositions incluent pour tous les créanciers une proposition de paiement qui ne peut être inférieure à 15 pourcent du montant de la créance.

Si le plan prévoit un traitement différencié des créanciers, il ne peut accorder aux créanciers publics munis d'un privilège général un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux créanciers sursitaires ordinaires les plus favorisés. Un pourcentage inférieur peut être prévu conformément à l'alinéa 3 et moyennant motivation stricte.

Le plan peut proposer de façon motivée des pourcentages inférieurs en faveur des créanciers ou catégories de créanciers susmentionnés sur la base d'exigences impérieuses et motivées liées à la continuité de l'entreprise.

Le plan ne peut contenir de réduction ou d'abandon des créances nées de prestations de travail antérieures à l'ouverture de la procédure.

Le plan ne peut prévoir de réduction des dettes alimentaires ni des dettes qui résultent pour le débiteur de l'obligation de réparer le dommage causé par sa faute et lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne.

Le plan de réorganisation ne peut prévoir de diminution ou suppression des amendes pénales. »

S'ensuit une discussion entre les membres de la PMCJ et les représentants du Ministère sur l'opportunité de reprendre les modifications effectuées en Belgique.

- En ce qui concerne la suppression du bout de phrase à l'alinéa 3, il est proposé de vérifier ce point avec le Haut comité de la place financière (HCPF).
- Pour ce qui de l'introduction dans le projet de loi sous examen d'un article calqué, du moins partiellement sur le nouvel article 49/1 de la loi belge, les membres de la PMCJ estiment que cette solution pourrait répondre aux observations de la Chambre de commerce et du Conseil d'Etat.

Dans cette optique, ils examinent les différents alinéas de l'article 49/1 précité :

- Alinéa 1 : Les membres de la PMCJ approuvent le principe de la fixation d'un taux plancher de 15 pourcent pour la proposition de paiement ;
- L'alinéa 2 pourrait être omis du fait qu'au Luxembourg, les créances fiscales et sociales sont des créances sursitaires extraordinaires et ne sont donc pas susceptibles de subir un « cut », contrairement à la Belgique où le créancier public est un créancier sursitaire ordinaire ;
- L'alinéa 3 pourrait être utile dans la mesure où il permet de baisser le plancher de la proposition de paiement ;

- Les alinéas 4 à 6 prévoient d'exclure la réduction d'un certain nombre de créances.
- Alinéa 5 : Les dettes mentionnées, qui ont certes un caractère civil, pourraient néanmoins avoir un impact sur la situation d'un commerçant personne physique. L'alinéa 5 pourrait être omis eu égard au principe selon lequel, en droit luxembourgeois, la dette alimentaire prime sur toutes les autres dettes. Il est proposé de vérifier la base légale qui justifierait de reprendre (ou non) cet alinéa dans le projet de loi sous rubrique.

En conclusion, les membres de la PMCJ estiment que les alinéas 1, 3, 4 et 6 de l'article 49/1 pourraient – a priori – être repris dans un nouvel article à insérer dans le projet de loi.

Sous réserve des vérifications à faire à l'endroit de l'alinéa 3, l'article 44 sera libellé comme suit:

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

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

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

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

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

L'article 44**bis** nouveau, introduit à la suite de l'article 44, et calqué partiellement sur l'article 49/1 de la loi belge, serait, sous réserve des vérifications relatives à l'alinéa 5 de l'article 49/1, libellé comme suit :

« Art.44bis. Les propositions incluent pour tous les créanciers une proposition de paiement qui ne peut être inférieure à 15 pourcent du montant de la créance.

Le plan peut proposer de façon motivée des pourcentages inférieurs en faveur des créanciers ou catégories de créanciers **susmentionnés sur la base d'exigences impérieuses et motivées liées à la continuité de l'entreprise.**

Le plan ne peut contenir de réduction ou d'abandon des créances nées de prestations de travail antérieures à l'ouverture de la procédure.

Le plan de réorganisation ne peut prévoir de diminution ou suppression des amendes pénales. »

Article 45

Le Conseil d'Etat note que la durée du sursis, pouvant aller jusqu'à 36 mois, est particulièrement longue (idem TA Luxembourg). Si le plan de réorganisation prévoit une telle extension, à l'échéance du premier sursis, le débiteur doit soumettre au tribunal, « son créancier entendu », la preuve que sa situation financière lui permettra « selon des prévisions raisonnables » de rembourser intégralement les créanciers sursitaires extraordinaires à la fin de la période du sursis supplémentaire. Que faut-il entendre par « son créancier entendu » ?

Selon le Conseil d'Etat, il semble s'agir des seuls créanciers sursitaires extraordinaires qui seront entendus par le tribunal :

- Quel rôle prendra le tribunal ?
- Est-ce que cette preuve lui est donnée à titre d'information ?
- Que se passe-t-il si un ou des créanciers sursitaires extraordinaires ne sont pas d'accord avec l'évaluation par le débiteur de sa situation financière et des recettes prévisibles de son entreprise ?
- Comment faut-il comprendre le bout de phrase « le débiteur entendra ordonner la fin de ce sursis » ?
- A défaut pour le débiteur d'apporter la preuve qu'il sera en mesure de rembourser intégralement les créanciers sursitaires extraordinaires à la fin de la période de sursis supplémentaire, le sursis ne prendra-t-il pas fin automatiquement ? Ou bien la fin du sursis devra-t-elle être ordonnée par le tribunal ?

Le TA Diekirch indique qu'en ce qui concerne la nature des créances du fisc respectivement le statut privilégié de celui-ci et la constitutionnalité des dispositions pertinentes de la loi sur la continuité des entreprises du 31 janvier 2009 en Belgique (en l'occurrence l'article 57), deux décisions importantes ont été rendues par la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle qui se sont prononcées dans le sens que les créances du fisc et de l'O.N.S.S. sont des créances sursitaires ordinaires et que l'article 57 prévoyant l'homologation du plan de réorganisation contenant des réductions de la dette fiscale de l'entreprise en cause et qui a été homologué par un tribunal, n'est pas contraire à l'article 172 de la Constitution belge.

En ce qui concerne la situation au Luxembourg et plus spécialement le caractère de créance sursitaire ordinaire ou extraordinaire des créances fiscales, l'article 1^{er} point d) du projet de loi sous examen prévoit que les créances sursitaires extraordinaires sont les créances sursitaires garanties par un privilège spécial ou une hypothèque, les créances des créanciers-proprétaires ainsi que les créances sursitaires des administrations fiscales et de la sécurité sociale. Le caractère privilégié de ces créances est dès lors manifeste. La situation privilégiée des administrations fiscales est par ailleurs corroborée par l'article 1^{er} de la loi modifiée du 27 novembre 1933 concernant le recouvrement des contributions directes, des droits d'accise sur l'eau-de-vie et des cotisations d'assurance sociale qui dispose que « Le trésor a pour le recouvrement des contributions directes: 1° le droit d'exécution sur contrainte administrative, 2° un privilège s'exerçant avant tout autre sur tous les meubles et autres effets mobiliers appartenant aux redevables en quelque lieu qu'ils se trouvent; 3° une hypothèque légale dispensée d'inscription sur tous les immeubles des redevables. » Concernant le privilège du Trésor pour le recouvrement des contributions directes prévu par cet article, il s'agit d'un privilège général sur les meubles qui s'exerce avant tout autre, donc

aussi avant le privilège spécial du créancier gagiste. L'existence de l'hypothèque légale prévue par l'article 1^{er} de la loi modifiée du 27 novembre 1933 concernant le recouvrement des contributions directes, des droits d'accise sur l'eau-de-vie et des cotisations d'assurance sociale confirme le caractère de créance sursitaire extraordinaire des créances fiscales de l'entreprise concernée. La conséquence en est que sans l'autorisation de l'Administration des contributions directes, le plan de réorganisation ne pourra prévoir qu'un sursis de 24 mois (article 45 alinéa 1^{er}) par rapport aux créances fiscales. En effet, un plan de réorganisation ne peut prévoir d'autre mesure affectant les droits d'un créancier sursitaire extraordinaire qu'avec l'accord individuel de celui-ci.

L'article 45 a été calqué sur l'article 50 de la loi belge qui n'a pas été modifié en 2013.

Les membres de la PMCJ ne partagent pas les observations du Conseil d'Etat et du TA Luxembourg quant à la durée du sursis, en estimant que la prorogation est entourée des garanties nécessaires. Au contraire une durée insuffisante risquerait de mettre en échec l'exécution du plan.

Plusieurs cas de figure sont envisageables, à partir du moment où le plan prévoit la possibilité de prorogation et la procédure :

- Soit le débiteur ne fait pas usage de cette possibilité, et le sursis prend fin automatiquement ;
- soit le débiteur demande la prorogation et le juge l'accorde ou alors la refuse. Dans ce dernier cas de figure, le sursis prend fin automatiquement.

En ce qui concerne les termes de « créancier entendu », il est précisé que cette notion implique que les créanciers peuvent être consultés sans toutefois être parties à la procédure, sauf intervention volontaire.

Les membres de la PMCJ prennent note des remarques du TA Diekirch en précisant qu'au Luxembourg, l'Etat est créancier sursitaire extraordinaire pour les dettes fiscales et sociales qui sont des créances sursitaires extraordinaires.

En conclusion, les membres de la PMCJ décident de maintenir le libellé de l'article 45.

Articles 46 et 47

Conseil d'Etat

Ces articles n'appellent pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Les membres de la PMCJ notent que ces articles correspondent aux articles 51 et 52 de la loi belge qui n'ont pas été modifiés en 2013.

Article 48

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'article 28 en ce qui concerne la mention, à l'alinéa 2, des « codébiteurs, cautions et autres sûretés personnelles ».

Le dernier alinéa dispose que « le débiteur informe les représentants des salariés visés à l'article 44, dernier alinéa, du contenu de ce plan ». Selon le Conseil d'Etat, se pose ici

encore la question de la preuve du respect par le débiteur de cette obligation. Est-ce que cette preuve ne devrait pas être déposée au greffe?

L'Ordre des avocats note que l'expression « cautions et autres sûretés personnelles », utilisée à l'alinéa 6, n'inclut pas les cautions réelles qu'il s'agira de rajouter.

L'article 48 correspond à l'article 53 de la loi belge, qui n'a pas été modifié en 2013.

En réponse aux observations du Conseil d'Etat et de l'Ordre des avocats, les membres de la PMCJ renvoient à la discussion menée au sujet de l'article 28 lors de la réunion du 23 mai 2016 (cf. PV PMCJ 08) P. 3-6) et rappellent qu'ils avaient décidé de ne pas insérer de disposition quant aux sûretés réelles.

Article 49

L'article 49 correspond à l'article 54 de la loi belge, qui n'a pas été modifié en 2013.

Le Conseil d'Etat relève que l'article 48, alinéa 2, prévoit que le juge délégué peut décider que les codébiteurs ainsi que les personnes ayant constitué des sûretés peuvent faire valoir leurs observations sur le plan de réorganisation. Si le juge délégué prend cette décision, faudra-t-il mentionner à l'article sous rubrique qu'ils seront entendus par le tribunal ou est-ce que cette consultation ne se fera que par écrit?

En réponse à cette remarque, il est rappelé que les créanciers peuvent faire valoir leurs observations sans toutefois être parties à la procédure. Le créancier qui le souhaite, peut faire une demande d'intervention volontaire.

Les membres de la PMCJ estiment qu'il n'y a pas lieu de préciser davantage la disposition en question.

Le Conseil d'Etat constate que l'article sous avis ne distingue pas entre créanciers sursitaires ordinaires et créanciers sursitaires extraordinaires. Dans les hypothèses envisagées à l'article 45, c'est-à-dire lorsque le plan prévoit le sursis de l'exercice des droits des créanciers sursitaires extraordinaires pour une période inférieure ou égale à vingt-quatre mois, voire la prorogation de ce sursis pour une nouvelle période ne dépassant pas douze mois, la participation des créanciers sursitaires ordinaires au vote au même titre que les créanciers sursitaires extraordinaires, seuls concernés par ces stipulations du plan, risque de se faire au détriment des créanciers extraordinaires.

Les membres de la PMCJ prennent note de ces observations, en indiquant toutefois que le rapport de force peut varier d'un cas à l'autre.

L'Ordre des avocats note qu'il découle nécessairement du libellé de l'article 48 que seuls les créanciers sursitaires dont le plan affecte les droits peuvent prendre part au vote. Dans un souci de clarté, il conviendrait de confirmer cette règle à l'article 49, qui organise le vote en tant que tel, par le rajout de la phrase suivante à la fin de son alinéa 1^{er}: « Aux fins du présent article, entrent seuls en compte les créanciers sursitaires dont le plan affecte les droits et les montants des sommes qui sont dues en principal à ces derniers. »

Les membres de la PMCJ estiment qu'il n'est pas nécessaire de répéter cette règle et décident de maintenir le libellé de l'article 49.

Article 50

Le Conseil d'Etat indique que la notion d'ordre public est dans ce contexte une notion élastique qu'il est difficile de cerner. Sur ce dernier aspect, selon le Conseil d'Etat, une violation du principe de l'égalité des créanciers contenue dans le plan de réorganisation devrait être considérée comme contraire à l'ordre public luxembourgeois et amener le tribunal à refuser l'homologation.

Le tribunal ne peut pas modifier le plan de réorganisation. Ses pouvoirs sont ainsi limités. Le Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg a formulé une proposition de texte permettant au débiteur de modifier le plan de réorganisation en s'appuyant sur la modification de la loi belge du 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises.

Le Conseil d'Etat reprend cette proposition de texte du Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg*. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 21 en ce qui concerne les formalités de publication du jugement et l'imputation des frais de publication.

L'Ordre des avocats signale que les pouvoirs du tribunal en matière d'homologation du plan sont extrêmement limités. Le tribunal ne peut refuser d'homologuer le plan que dans des cas exceptionnels. Selon les travaux préparatoires de la loi belge « le Tribunal rejettera le plan si celui-ci a été établi arbitrairement, ou s'il implique une méconnaissance des dispositions des articles 92 et suivants du Traité européen et contient des mesures faussant ou risquant de fausser la concurrence; ou encore dans le même ordre d'idées s'il méconnaît la loi du 5 août 1991 sur la protection de la concurrence économique » (Doc. parl., Ch, 1993-1994, n° 14106-1, page 30).

S'y ajoute que le tribunal n'a aucune latitude quant aux décisions qu'il peut prendre: il doit soit homologuer le plan, soit refuser de le faire. Il ne saurait subordonner l'homologation « (...) à aucune condition qui ne soit pas prévue au plan, ni y apporter quelque modification que ce soit », comme le précise l'article 50 du projet.

Les travaux préparatoires de la loi d'amendement belge montrent que la position du tribunal n'est pas facile:

« En vertu de la loi elle-même, le plan peut contenir des inégalités, mais celles-ci doivent être fonctionnelles, c'est-à-dire axées sur le maintien de l'entreprise en tant qu'entité économique. Les propositions doivent être également compatibles avec une structure concurrentielle du marché voulue par les autorités publiques. L'ordre public, dont l'ordre public économique est une facette, n'autorise des distorsions de la concurrence que si elles peuvent être justifiées par des fins supérieures. La répartition des charges entre la communauté d'une part, et certains créanciers d'autre part, suppose qu'il y ait un lien suffisant avec le sauvetage d'une activité économique qui sert l'intérêt général. Il faut aussi tenir compte de la charge que cela représente pour les créanciers qui ne bénéficient pas de cette mesure de faveur. Ces inégalités ne peuvent pas être dictées simplement par la volonté d'obtenir une majorité lors du vote sur le plan. Ceci serait contraire à l'intention du législateur d'offrir à des entreprises ou partie d'entreprises une possibilité de sauvetage dans l'intérêt général. Le juge doit également disposer d'une possibilité concrète de remettre la réorganisation sur le droit chemin lorsqu'il constate, sans pour autant se livrer à une analyse économique approfondie, une atteinte à l'ordre public ou un non-respect des formalités. C'est pourquoi la loi d'amendement belge lui permet – dans les limites de temps du sursis – d'autoriser le débiteur à proposer un plan adapté. Le juge dispose d'une marge d'appréciation limitée. Il lui est uniquement demandé d'apprécier ce qu'un professionnel observerait à première vue. L'intention n'est pas que le juge s'assoie à la place des

créanciers et des travailleurs. Par contre, si le débiteur a l'intention de favoriser certains créanciers de manière à obtenir ainsi une majorité pour ses propositions sans qu'il y ait un objectif de sauvetage fondamental de l'entreprise – qu'il convient de ne pas assimiler à la personne morale – le juge peut intervenir car l'ordre public économique est susceptible d'être mis en péril de la sorte. »

La loi d'amendement belge a légèrement modifié l'article en question comme suit:

« Dans les quatorze jours de l'audience, et en tout état de cause avant l'échéance du sursis fixé par l'application des articles 24, paragraphe 2, et 38, le tribunal décide s'il homologue ou non le plan de réorganisation. Si le tribunal estime que les formalités n'ont pas été respectées ou que le plan porte atteinte à l'ordre public, il peut, par décision motivée et avant de statuer, autoriser le débiteur à proposer aux créanciers un plan adapté selon les formalités de l'article 53. Dans ce cas, il décide que la période de sursis est prorogée sans que le délai maximum fixé à l'article 38 puisse toutefois être dépassé. Il fixe également la date à laquelle l'audience de vote se tiendra. Les décisions rendues en vertu du présent paragraphe ne sont pas susceptibles d'opposition ou d'appel. L'homologation ne peut être refusée qu'en cas d'inobservation des formalités requises par la présente loi ou pour violation de l'ordre public. 19 Elle ne peut être subordonnée à aucune condition qui ne soit pas prévue au plan, ni y apporter quelques modification que ce soit. Sous réserve des contestations découlant de l'exécution du plan, le jugement qui statue sur l'homologation clôture la procédure de réorganisation. Il est publié par extrait au Moniteur belge par les soins du greffier. »

L'Ordre des avocats note finalement que les créanciers ne sont pas informés individuellement de la décision prise par le tribunal. Celui-ci n'est uniquement publié par extraits publié au Mémorial C par les soins du greffe.

L'Ordre des avocats préconise de suivre le nouveau texte belge en question et de modifier en conséquent l'article 50 en insérant un nouvel alinéa 2:

« Si le tribunal estime que les formalités n'ont pas été respectées ou que le plan porte atteinte à l'ordre public, il peut, par décision motivée et avant de statuer, autoriser le débiteur à proposer aux créanciers un plan adapté selon les formalités de l'article 48. Dans ce cas, il décide que la période de sursis est prorogée sans que le délai maximum fixé à l'article 33 puisse toutefois être dépassé. Il fixe également la date à laquelle l'audience de vote se tiendra. Les décisions rendues en vertu du présent paragraphe ne sont pas susceptibles d'opposition ou d'appel. »

Le dernier alinéa de l'article 50 est à compléter comme suit:

« Il est publié par extrait au Mémorial C et dans deux quotidiens luxembourgeois de large diffusion par les soins du greffier aux frais du débiteur. »

L'article 50 correspond à l'article 55 de la loi belge. En 2013, le législateur belge a inséré un nouveau paragraphe 2. L'insertion dans le projet de loi d'un nouvel alinéa à l'instar du paragraphe 2 de l'article 55 répondrait aux observations de l'Ordre des avocats concernant les pouvoirs du tribunal.

Quant à la proposition de libellé de l'Ordre des avocats pour le dernier alinéa, les membres de la PMCJ décident de ne pas la retenir. La publication dans deux quotidiens luxembourgeois engendrerait en effet des frais supplémentaires.

En revanche, suite à l'adoption de la loi du 17 mai 2016 portant réforme du régime de publication légale relatif aux sociétés et associations, il convient de remplacer les termes « Mémorial C » par les termes Recueil électronique des sociétés et associations

Partant, l'article 50 sera amendé comme suit :

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

Si le tribunal estime que les formalités n'ont pas été respectées ou que le plan porte atteinte à l'ordre public, il peut, par décision motivée et avant de statuer, autoriser le débiteur à proposer aux créanciers un plan adapté selon les formalités de l'article 48. Dans ce cas, il décide que la période de sursis est prorogée sans que le délai maximum fixé à l'article 33 puisse toutefois être dépassé. Il fixe également la date à laquelle l'audience de vote se tiendra. Les décisions rendues en vertu du présent paragraphe ne sont pas susceptibles d'opposition ou d'appel.

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

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

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

Il est publié par extrait au **Recueil électronique des sociétés et associations Mémorial C** par les soins du greffier. »

L'Ordre des avocats rappelle en outre que la loi d'amendement belge a introduit un nouvel article 55-1:

« Le tribunal statue sur la demande en homologation nonobstant toute poursuite dirigée contre le débiteur ou ses dirigeants. »

Pour le législateur belge c'est le sauvetage de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise qui est primordial. Il ne peut être question que l'activité sous-jacente de l'entreprise soit mise en péril en raison du fait que des poursuites sont exercées contre certains dirigeants de la personne morale.

Les membres de la PMCJ approuvent cette remarque et décident d'insérer un équivalent de l'article 55/1 dans le projet de loi sous rubrique.

Le nouvel article 51**bis** sera libellé comme suit :

« Art. 51bis. Le tribunal statue sur la demande en homologation nonobstant toute poursuite dirigée contre le débiteur ou ses dirigeants. »

Article 51

Le Conseil d'Etat s'y oppose formellement pour les mêmes raisons que celles invoquées à l'appui de son opposition formelle formulée à l'endroit de l'article 23. Une procédure d'appel devant la Cour d'appel devra être prévue.

Le dernier alinéa prévoit un caractère suspensif du recours lorsque le jugement refuse d'homologuer le plan de réorganisation. Une modification des articles 33 et 45 serait à envisager afin de tenir compte de la durée de la procédure d'appel qui pourrait durer au-delà de la durée du sursis, à moins de prévoir que les juges d'appel doivent se prononcer avant que la durée maximale du sursis ne soit atteinte.

La Chambre de commerce note que ces voies de recours sont les mêmes que celles prévues à l'article 23 et 24 du projet de loi. La Chambre de commerce renvoie dès lors aux commentaires de ces articles.

L'Ordre des avocats rappelle qu'il avait préconisé de porter ce recours devant la Cour d'appel conformément aux articles 939 et suivants du Nouveau code de procédure civile et peut donc renvoyer à ses développements y afférents.

L'article 51 du projet devrait donc être reformulé comme suit:

« Le jugement statuant sur la demande d'homologation n'est pas susceptible d'opposition. Il peut être frappé d'appel dans un délai de huit jours à partir de sa notification. L'acte d'appel contient assignation à jour fixe. L'appel est jugé d'urgence et selon la même procédure qu'en première instance. Si le jugement refuse l'homologation, l'appel est suspensif. »

Le Conseil de l'Ordre comprend que l'effet suspensif de l'appel entraîne une prorogation du sursis, même si celui-ci devrait éventuellement dépasser les durées maximales fixées à l'article 33. Il appartiendra aux juges d'appel, qui statuent selon la procédure d'urgence, d'assurer qu'un éventuel prolongement se limite à la durée strictement nécessaire pour vider le litige.

Parquet général

Selon le Parquet général, l'article 51 du projet appelle les mêmes observations que celles émises pour les articles 23 et 24.

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

Selon le Parquet Luxembourg, l'article 51 suscite la même critique que celle déjà émise pour les articles 23 et 24.

Le TA Luxembourg réitère ses observations sous les articles 23 et 24 pour les voies de recours.

D'après le TA Diekirch, l'alinéa 2 est à modifier en ce sens que l'appel est porté devant la Cour d'appel dans le délai de huit jours à partir de la notification du jugement d'homologation. L'alinéa 3 devrait prévoir que l'appel est jugé comme en matière de référé (...).

L'article 51 correspond à l'article 56 de la loi belge qui, suite aux modifications intervenues en 2013 est libellé comme suit :

« **Art. 56.** Le jugement statuant sur la demande d'homologation n'est pas susceptible d'opposition.

L'appel en est formé par requête déposée au greffe de la cour d'appel dans les quinze jours de la notification du jugement et est dirigé contre le débiteur seul, en cas d'homologation, ou contre les parties qui sont intervenues au cours de la procédure de réorganisation par voie de requête, en cas de rejet de l'homologation. Les parties à l'appel peuvent appeler les autres parties en intervention. L'appel peut être interjeté même avant la publication du jugement concernant l'homologation. La cour d'appel statue d'urgence sur l'appel. Le greffier de la cour d'appel notifie la requête sous pli judiciaire aux parties intimées et, le cas échéant, à leur avocat, au plus tard le premier jour ouvrable qui suit son dépôt.

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

En réponse à l'opposition formelle du Conseil d'Etat, les membres de la PMCJ décident de reprendre la proposition de l'Ordre des avocats, sous réserve de vérifier le délai (8 ou 15 jours) par rapport aux autres délais mentionnés dans le projet de loi.

Partant, l'article 51 sera amendé comme suit :

« **Art. 51.** Le jugement statuant sur la demande d'homologation n'est pas susceptible d'opposition. **Il peut être frappé d'appel dans un délai de [huit] jours à partir de sa notification. L'acte d'appel contient assignation à jour fixe. L'appel est jugé d'urgence et selon la même procédure qu'en première instance. Si le jugement refuse l'homologation, l'appel est suspensif.**

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

L'action est introduite et jugée comme en matière de référé conformément aux articles 934 à 940 du Nouveau Code de Procédure Civile.

L'assignation et l'acte d'appel sont signifiés respectivement au procureur d'Etat et au procureur général d'Etat.

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

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

Article 52

Le Conseil d'Etat note que l'alinéa 3 a trait aux créances sursitaires qui n'ont pas donné lieu à contestation, mais qui apparaissent après le jugement d'homologation. Ces créances seront payées après l'exécution totale du plan de réorganisation et selon les mêmes modalités que les créances de même nature figurant dans ce plan. S'il n'y a plus de solde disponible pour payer ces créances, le débiteur sera en état de cessation de paiements et, si les conditions de l'article 437 du Code de commerce sont réunies, il faudra qu'il fasse aveu de faillite conformément à l'article 440 de ce code.

Le Conseil d'Etat se demande si les règles de nullité prévues aux articles 444 et suivants du Code de commerce pourront s'appliquer à de tels paiements?

Il s'interroge par ailleurs sur ce qu'il faut entendre à la dernière phrase de l'alinéa 3 sous avis par « informé dûment ». Il insiste pour que cette disposition soit complétée par la référence à l'article du projet de loi contenant les détails de cette information du créancier.

Enfin, il renvoie à ses observations sous l'article 28 en ce qui concerne la mention, à l'alinéa 5, des codébiteurs et personnes ayant constitué des sûretés personnelles.

La Chambre de commerce renvoie au commentaire de l'article 28.

Selon l'Ordre des avocats, on doit se demander comment œuvrer dans la pratique s'il n'y a plus de solde disponible.

Est-ce que dans le pire des cas les créanciers « nouvellement découverts » doivent passer leur créance aux pertes et profits?

S'il y a encore un solde disponible, la part des autres créanciers diminuera forcément et le plan ne pourra dès lors plus être respecté à la lettre. La question est importante, surtout pour les créanciers étrangers. A noter que les créanciers résidant dans un autre Etat membre pourront bénéficier de l'obligation d'information prévue par l'article 40 du Règlement européen n° 1346/2000/CE relatif aux procédures d'insolvabilité à charge du tribunal ou du syndic nommé par lui.

A l'alinéa 5, en utilisant l'expression « personnes ayant constitué des sûretés personnelles », le texte n'inclut pas les cautions réelles qu'il s'agira de rajouter.

Le TA Diekirch indique qu'en ce qui concerne la constitutionnalité de l'article 52 du projet de loi, correspondant à l'article 57 de la loi belge du 31 janvier 2009, on serait tenté de dire: A similitude de textes, similitude de décisions. En effet, l'article 172 de la Constitution belge (« Il ne peut être établi de privilège en matière d'impôts. Nulle exemption ou modération d'impôt ne peut être établie que par une loi ») est quasi identique à l'article 101 de la Constitution luxembourgeoise (« Il ne peut être établi de privilège en matière d'impôts. Nulle exemption ou modération ne peut être établie que par une loi. »).

Toutefois, le moyen de l'inconstitutionnalité de l'article 57 de la loi belge du 31 janvier 2009 avec l'article 172 de la Constitution belge soulevé par le fisc belge l'avait été dans un contexte différent en ce sens que le fisc belge, contrairement à l'Administration des contributions directes luxembourgeoise, s'était vu retirer son statut privilégié par cette même loi. Or, de ce fait, le fisc belge devenu créancier sursitaire ordinaire, se retrouvait dans la même situation que d'autres créanciers ordinaires et pouvait dès lors se voir opposer du fait de l'homologation d'un plan de réorganisation, des réductions de la dette fiscale.

La question de la légalité et de la constitutionnalité de modérations d'impôts par de simples accords individuels entre l'entreprise concernée et l'administration fiscale reste dès lors ouverte, que ce soit dans le cadre d'un plan de réorganisation ou d'un accord amiable extrajudiciaire sur base de l'article 38 du projet de loi.

Or, sans modération possible de la dette fiscale et sachant que les administrations fiscales (Administration des contributions directes et Administration de l'enregistrement et des domaines) sont la plupart du temps sinon toujours des créanciers concernés par des entreprises en difficultés, l'objectif principal du présent projet de loi, à savoir la préservation d'entreprises, risque d'être compromis.

L'article 52 correspond à l'article 57 de la loi belge qui n'a pas été modifié en 2013.

Les membres de la PMCJ prennent note des observations ci-dessus en renvoyant à la discussion menée au sujet de l'article 28 (cf. ci-dessus) lors de la réunion du 23 mai 2016 (cf. PV PMCJ 08) P. 3-6). Partant, ils décident de ne pas modifier le libellé de l'article 52.

Article 53

Le Conseil d'Etat soulève un certain nombre de questions :

- Est-ce que le préjudice dont doit faire preuve ce créancier est un préjudice qui lui est particulier ou peut-il agir également lorsque le préjudice invoqué est commun à tous les créanciers?
- Cette condition ne s'applique que lorsque le créancier démontre « qu'il ne pourra pas en être autrement », c'est-à-dire que le plan de réorganisation ne pourra pas être ponctuellement exécuté. Pour ce faire, le créancier doit, d'après l'alinéa 1^{er}, procéder à la « citation » du débiteur. Il faudrait plutôt mentionner une « assignation » du débiteur. (idem Chambre de commerce)
- La révocation peut aussi être demandée par le « ministère public », qu'il faut remplacer par le procureur d'Etat, alors même qu'il n'est pas impliqué dans la procédure d'homologation.
- Le jugement de révocation est publié par extrait au Mémorial C et le débiteur communique la teneur de cet extrait à l'ensemble de ses créanciers. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 21, quant aux formalités de publication.

A l'instar de l'article 21, les membres de la PMCJ décident de suivre la proposition du Conseil d'Etat et de remplacer les termes « Mémorial C » par les termes « Recueil électronique des sociétés et associations ».

- L'alinéa 3 ne prévoit pas de délai dans lequel le débiteur doit procéder à la notification à ses créanciers, ni même de sanction s'il ne le fait pas. Cet alinéa devra encore être complété pour y préciser que le procureur d'Etat devra aussi être entendu.
- D'après le dernier alinéa, « la révocation du plan de réorganisation le prive de tout effet, sauf pour ce qui concerne les paiements et les opérations déjà effectués, et notamment la cession déjà intervenue de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités ».
- A partir de quand le plan de réorganisation est-il privé d'effet?
- En ce qui concerne les paiements déjà effectués aux créanciers, n'y a-t-il pas un risque de rupture du principe d'égalité? Le Conseil d'Etat demande à ce que la procédure d'appel contre le jugement portant révocation du plan soit précisée à l'article sous examen

La Chambre de commerce propose, afin d'éviter des frais supplémentaires pour les créanciers, que la demande de révocation du plan de réorganisation puisse être introduite par voie de requête et non pas par voie d'exploit d'huissier.

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

Les membres de la PMCJ s'interrogent sur le bout de phrase de l'alinéa 1 « lorsqu'il n'est pas ponctuellement exécuté, ou lorsqu'il démontre qu'il ne pourra pas en être autrement et

qu'il en subira un préjudice » et plus particulièrement sur la signification exacte du terme « ponctuellement ». Les représentants du Ministère proposent de vérifier ceci avec les homologues belges.

Estimant que ce terme est équivoque, ils décident de remplacer le bout de phrase précité par les termes suivants : « lorsque le débiteur n'est manifestement plus en mesure de l'exécuter et que le créancier en subit un préjudice ».

En outre, ils tiennent compte de la remarque du Conseil d'Etat qui demande de remplacer le terme « ministère public » par le terme « procureur d'Etat ».

Enfin, les membres de la PMCJ notent que l'article 53 correspond à l'article 58 de la loi belge qui a été complété en 2013 par une phrase supplémentaire à l'alinéa 4 et un alinéa *in fine* libellé comme suit :

« §3 (...) La révocation implique que le débiteur et les créanciers se retrouvent, hormis les éléments susmentionnés, dans la position qu'ils auraient eue s'il n'y avait pas eu de plans de réorganisation homologués.

Le tribunal peut, d'office, à partir du premier anniversaire de la décision d'homologation, convoquer annuellement le débiteur pour qu'il fasse rapport sur l'exécution de l'accord collectif. Les déclarations du débiteur sont actées par le greffier en vue d'être déposées dans le dossier de la réorganisation judiciaire. »

Les membres de la PMCJ décident de reprendre cette modification.

Partant, l'article 53 sera amendé comme suit :

« **Art. 53.** Tout créancier peut, par citation du débiteur, demander la révocation du plan de réorganisation lorsque le débiteur n'est manifestement plus en mesure de l'exécuter et que le créancier en subit un préjudice ~~lorsqu'il n'est pas ponctuellement exécuté, ou lorsqu'il démontre qu'il ne pourra pas en être autrement et qu'il en subira un préjudice.~~

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

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

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

Le tribunal peut, d'office, à partir du premier anniversaire de la décision d'homologation, convoquer annuellement le débiteur pour qu'il fasse rapport sur l'exécution de l'accord collectif. Les déclarations du débiteur sont actées par le greffier en vue d'être déposées dans le dossier de la réorganisation judiciaire. »

3. Divers

Aucun point divers n'a été abordé.

Luxembourg, le 13 juin 2016

Le secrétaire-administrateur,
Carole Closener

Le Président,
Franz Fayot