



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

Procès-verbal de la réunion du 18 avril 2016

Ordre du jour :

1. Approbation du projet de procès-verbal de la réunion du 11 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, Mme Viviane Loschetter, M. Roy Reding

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

Excusé : M. Léon Gloden

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

1. Approbation du projet de procès-verbal de la réunion du 11 avril 2016

Ce point est reporté est une réunion prochaine.

- 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 11

Alinéa 1^{er}

Le Conseil d'Etat note qu'à l'instar de l'article 9, l'article sous rubrique n'impose pas que le débiteur soit en difficultés financières telles que la continuité de son entreprise peut être, ou est, mise en péril ou menacée.

Les représentants du Ministre de la Justice précisent que le régime contenu dans le cadre du présent article relève des outils extrajudiciaires en matière de la réorganisation des entreprises. Par conséquent, aucune intervention judiciaire dans le cadre de cette procédure n'est prévue.

Cette mesure peut s'avérer utile dans le cadre de la réorganisation de certaines entreprises, tout en sachant que son succès dépendra largement de l'attitude du débiteur et de sa mise en œuvre.

D'après le Parquet général cette mesure risque d'inciter les débiteurs de mauvaise foi à en abuser et de rendre finalement inopérant l'article 573-5 du Code de commerce relatif à l'infraction du favoritisme.

Au cours d'une discussion subséquente, les points de vue suivants sont exposés:

- l'opportunité d'introduire une disposition imposant que l'accord doit être proposé à tous les créanciers ou à deux ou à plusieurs d'entre eux . La disposition exclut actuellement la possibilité de le proposer à un seul créancier,
- ce qui pourrait s'expliquer par le fait que si l'accord doit être proposé à au moins deux créanciers, cela réduit le risque de commettre des abus ;
- beaucoup de petites entreprises n'ont qu'un seul créancier, tel qu'une banque ou un bailleur. Les exclure du champ d'application de la disposition risque de rendre les mesures de réorganisation extrajudiciaires peu attrayantes.
- la mesure n'apporte pas de plus-value au texte de loi, si elle ne permet pas de négocier un accord avec un seul créancier.
- un débiteur pourra toujours conclure un accord extrajudiciaire avec un seul créancier.

Les membres de la Sous-commission PMCJ conviennent d'élargir le champ d'application de la disposition aux débiteurs concluant un accord avec un seul créancier.

L'alinéa 1^{er} de l'article 11 sera modifié comme suit :

« *Le débiteur peut proposer à tous ses créanciers ~~ou à deux~~ ou **à un ou plusieurs d'entre eux** un accord amiable en vue de l'assainissement de sa situation financière ou de la réorganisation de son entreprise. »*

Alinéa 2

Selon le Conseil d'Etat, l'alinéa 2 est superflu puisqu'il énonce une évidence, même s'il se retrouve également dans la loi belge du 31 janvier 2009 précitée.

Les représentants du Ministre de la Justice expliquent que l'alinéa en question a essentiellement une fonction didactique.

Ce point pourra être mentionné dans le commentaire des articles.

Les membres de la Sous-commission PMCJ sont d'accord pour supprimer l'alinéa 2.

Alinéa 3

Concernant l'alinéa 3, le Conseil d'Etat estime que les dispositions du Code civil relatives aux contrats et conventions s'appliquent tout naturellement à un accord entre parties qui ne lie d'ailleurs que celles-ci. Il serait superflu de le préciser.

En outre, le terme « *droit commun des contrats* » est impropre à figurer dans un texte législatif en raison de son caractère vague et imprécis. Le Conseil d'Etat estime que l'alinéa 3, qui ne figure pas dans la loi belge du 31 janvier 2009, peut être omis pour être superflu.

Les membres de la Sous-commission PMCJ conviennent de supprimer cet alinéa.

Alinéa 4 (opposition formelle du Conseil d'Etat)

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement aux dispositions de cet alinéa.

Il note que l'alinéa 4 dispose que les articles 445 alinéa 2, et 446 du Code de commerce ne sont pas applicables à un tel accord amiable ni aux actes accomplis en exécution de cet accord « *si celui-ci (...) est déposé au secrétariat du Comité de conjoncture et y mentionné dans un registre* ».

Le Conseil d'Etat ne saurait accepter que l'efficacité d'un accord amiable, lié à la non-application des articles 445, 2° et 446 du Code de commerce, soit soumise à son inscription dans un registre tenu par le secrétariat du Comité de conjoncture. D'une part, la loi en projet, et notamment son article 7, ne fait pas mention d'un tel registre. D'autre part, l'inscription dans ce registre est effectuée par le secrétariat du Comité de conjoncture et dépend donc du fait d'un tiers.

Le Conseil d'Etat propose de faire figurer dans le projet de loi qu'il: « *est (...) déposé au secrétariat en vue d'être mentionné au registre* » et de prévoir le registre dont question au paragraphe 3 de l'article 7 du projet de loi.

Le Conseil d'Etat doit donc s'opposer formellement à cette disposition qui est source d'insécurité juridique.

Le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg se pose la question si le tribunal pourra vérifier a posteriori que l'accord a effectivement eu pour but l'assainissement de l'entreprise.

Le Rapporteur se montre réservé à l'égard de la disposition sous examen. Ainsi, il donne à considérer que des abus sont facilités si le législateur n'encadre pas strictement un tel mécanisme. Le rapporteur juge que la disposition actuellement prévue par le projet de loi constitue une source d'insécurité juridique.

Les représentants du Ministre de la Justice expliquent que l'inscription d'un tel accord au registre du secrétariat du Comité de conjoncture ne constitue pas une condition d'applicabilité ni de validité dudit accord entre un débiteur et ses créanciers. Le dépôt et l'inscription permettent uniquement de faire acter l'existence d'un tel accord. Ainsi, il y a lieu d'éviter qu'un débiteur de mauvaise foi puisse produire un tel accord ex-post sans qu'il n'y ait aucune garantie quant à la date de sa conclusion.

En réponse à la remarque soulevée par le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, les représentants du Ministre de la Justice expliquent qu'il n'est pas prévu de faire intervenir l'office du juge dans le cadre d'un accord extrajudiciaire.

Les membres de la Sous-commission PMCJ décident de suivre en partie la proposition du Conseil d'Etat et d'ajouter « dans un registre tenu par celui-ci ».

Alinéa 5 (1^{ère} phrase)

Le Conseil d'Etat soulève toute une série de questions qui se posent à ce sujet :

- Pourquoi la confidentialité d'un accord ne peut-elle être levée que du seul assentiment du débiteur?
- Qu'en est-il des autres parties contractantes qui doivent aussi avoir leur mot à dire?
- Pourquoi les tiers doivent-ils être informés du dépôt de l'accord?
- Qui sont les tiers qui peuvent être informés et sur l'initiative de qui le seraient ils?

A ce sujet, il faut compléter la première phrase de l'alinéa sous examen en y insérant les termes « *au registre au secrétariat du Comité de conjoncture* » à la suite du bout de phrase « *Les tiers ne peuvent prendre connaissance de l'accord et être informés de son dépôt* ».

Les représentants du Ministre de la Justice expliquent que le but de cette disposition consiste à éviter que le public prenne connaissance des difficultés économiques d'une entreprise. Une publication de telles informations pourrait s'avérer préjudiciable pour la continuation de l'activité de l'entreprise en question.

Monsieur le Rapporteur donne à considérer qu'il ne faut pas perdre de vue que cette disposition risque de préjudicier les autres créancier éventuels de l'entreprise.

Il estime que la confidentialité d'un accord devrait relever du champ de la liberté contractuelle des parties.

Les représentants du Ministre de la Justice estiment que la publicité d'un tel accord risquerait à rendre le mécanisme de la réorganisation extrajudiciaire peu attrayant pour les entreprises concernées. Ils proposent de laisser l'option d'une éventuelle publicité au choix du débiteur.

Les membres de la Sous-commission PMCJ s'interrogent sur les sujets suivants :

- la disposition actuellement contenue dans le projet de loi risque de créer un déséquilibre considérable au détriment des créanciers. Il pourrait être opportun de reformuler le texte en insérant une disposition qui prévoit que les parties peuvent décider d'un commun accord de rendre leur accord public.
- les parties ne sont pas sur un pied d'égalité dans le cadre de ces négociations, étant donné que dans la plupart des cas de figure, le débiteur se trouve dans une situation économiquement peu favorable.
- l'opportunité d'insérer dans le texte de loi une mention prévoyant que ledit registre ne sera pas public

Les membres de la Sous-commission PMCJ décident de modifier l'alinéa 5 en y insérant une disposition précisant que le registre ne sera pas public en remplacement de la première phrase

Dans le commentaire des articles, il sera précisé qu'il est laissé à la discrétion des parties si elles souhaitent insérer dans leur accord une clause de confidentialité. Par cette clause de confidentialité, le créancier s'engagerait à ne pas divulguer à des tiers des informations relatives à l'existence ou au contenu d'un tel accord extrajudiciaire.

Quant à l'observation du Parquet Général de modifier les textes pénaux en s'inspirant des textes belges qui ont modifié l'article 489 du Code pénal belge, les membres de la Sous-commission PMCJ décident de l'examiner plus avant lors de la discussion relative à une éventuelle modification des textes de loi incriminant la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse et de revenir dans le cadre de l'examen des articles du présent projet de loi relatifs à la banqueroute.

Alinéa 5 (2^{ème} phrase)

Le Conseil d'Etat estime que la seconde phrase du dernier alinéa est superflue et doit être supprimée. En effet, si une obligation de consultation et d'information auprès des salariés ou de leurs représentants existe, elle s'applique et le fait de mentionner que cette obligation s'applique est sans aucune plus-value normative.

Les représentants du Ministre de la Justice et les membres de la Sous-commission PMCJ estiment qu'il serait utile de connaître la position du Ministre du Travail à ce sujet, avant de discuter ce point.

Article 12

L'article sous référence ne donne pas lieu à observation de la part du Conseil d'Etat.

Article 13

- Considérations générales

Considérations générales du Conseil de l'Ordre :

Le Conseil de l'Ordre soulève les critiques suivantes :

1. Absence de seuils raisonnables empêchant des procédures fallacieuses de la part des débiteurs aux abois ;
2. Risques consécutifs pour les créanciers :
 - absence de garde-fou en cas de fraude ;
 - sérieux risques de distorsion de concurrence (idem Chambre de Commerce) ;
 - définition incertaine concernant les différentes catégories des créanciers et leur régime juridique respectif.
3. Délimitation floue du régime de la réorganisation judiciaire, et notamment la distinction entre le régime du transfert d'entreprise par rapport au régime de droit commun de la faillite.
4. Absence de mécanismes précis destinés à mettre rapidement fin à une procédure dilatoire introduite par un débiteur (idem Chambre de Commerce). Absence de pouvoirs du tribunal et du juge délégué, ce qui risque de les exposer à des critiques, voire d'exposer l'Etat à des actions en responsabilité (idem Chambre de Commerce).
5. Absence dans la législation luxembourgeoise d'instruments préventifs qui n'ont pas été repris du droit belge, comme par exemple l'article 8 de la loi sur les faillites belge qui permet au président du tribunal de commerce d'agir d'office en cas d'abus de la loi relative à la continuation des entreprises.
6. Approche (trop) libérale en ce qui concerne l'attribution d'une protection quasi automatique aux débiteurs, notamment en ce qui concerne les documents à fournir au tribunal et l'absence d'exigence d'un budget minimum pour payer les créanciers non sursitaires.
7. Absence de pouvoir d'appréciation efficace du tribunal dans le cadre de la procédure d'homologation du plan.
8. Propositions de solutions en matière du droit du travail, partiellement reprises du droit belge, difficilement transposables en droit luxembourgeois et solutions de compromis difficiles à exécuter lors d'un transfert d'entreprise parce que longues et onéreuses.

Selon les représentants du Ministre de la Justice, la gratuité du mécanisme assurerait le succès de la mesure, tout en prenant en compte la critique soulevée par le Conseil de l'Ordre relative au risque d'un recours à cette mesure par des débiteurs de mauvaise foi.

Les représentants du Ministre de la Justice confirment que l'absence dans la législation luxembourgeoise d'instruments préventifs, risque de s'avérer préjudiciable.

Il est proposé de revenir sur ce point lors d'une prochaine réunion.

Considérations générales du Parquet général :

Le Parquet général remarque qu'il est prévu d'adjoindre le ministère public à la procédure dès le début de la réorganisation judiciaire par la communication de la requête au parquet près du Tribunal d'arrondissement, puis, dans la procédure de la réorganisation judiciaire par accord collectif proprement dit en prévoyant que l'assignation et l'acte d'appel soient signifiés au procureur d'Etat et au procureur général d'Etat et en conférant le droit au ministère public de demander la révocation partielle ou totale du plan de réorganisation.

Le procureur d'Etat se voit ensuite accorder un droit d'initiative dans la procédure de réorganisation par la citation de l'entrepreneur à l'audience en vue de voir ordonner le transfert de tout ou partie de son entreprise.

Le Parquet général rejoint entièrement les réticences et réserves des procureurs d'Etat de Diekirch et de Luxembourg en ce qui concerne une intervention du parquet dans le cadre des procédures de réorganisation judiciaire et de transfert d'entreprise.

Les parquets ne sont ni outillés à récolter des données utiles, ni ne disposent de données ou d'informations dont ne disposerait pas déjà la juridiction saisie et que le débiteur a communiquées au tribunal.

En ce qui concerne plus particulièrement son intervention prévue aux articles 13, 23, 24 et 36, le magistrat du parquet en charge du dossier n'aura aucune possibilité et aucun élément, à part le dossier déjà soumis au tribunal, pour se convaincre s'il y a faute grave et caractérisée ou mauvaise foi manifeste du débiteur afin de saisir le tribunal d'une demande de nomination d'un administrateur provisoire chargé d'administrer à la place du débiteur l'entreprise, respectivement pour saisir le tribunal d'une requête afin de mettre anticipativement fin à la procédure de réorganisation.

La présence du ministère public risque au contraire d'avoir un effet psychologique contre-productif dans le cadre luxembourgeois tel que projeté et il y aurait mieux de faire abstraction de toute intervention du ministère public dans le cadre du Titre 1 du projet de loi.

Les représentants du Ministre de la Justice estiment qu'afin d'éviter des abus, il serait peu opportun d'exclure le ministère public de la procédure prévue par le présent article.

Considérations générales de la Chambre des salariés :

La Chambre des salariés exige que le projet de loi soit plus contraignant et oblige les débiteurs à lancer cette procédure dès que la continuité de leur entreprise est menacée.

Pour assurer la mise en œuvre de ce dispositif préventif, il faut en outre qu'il puisse être initié par d'autres acteurs que le débiteur lui-même : ses créanciers, ses salariés ou leurs représentants.

- Considérations particulières

Alinéa 2 :

Point 1°

Selon le Conseil d'Etat et le Conseil de l'Ordre, il convient de mentionner que les pièces exigées le sont sous peine d'irrecevabilité. La phrase introductive se lira ainsi: « *Sous peine*

d'irrecevabilité, il joint à sa requête ». Cette solution est également retenue en droit belge suite à la loi du 27 mai 2013.

Les membres de la Sous-commission PMCJ décident de suivre la proposition de texte du Conseil d'Etat et du Conseil de l'Ordre et de supprimer le point 10.

Point 3°

Le Conseil d'Etat donne à considérer que selon le point 3°, le débiteur doit joindre « *les deux derniers comptes annuels si ceux-ci n'ont pas encore été déposés* » au registre de commerce et des sociétés.

La question qui se pose est celle de savoir si cette disposition doit être interprétée comme exigeant que les comptes annuels des deux dernières années sociales doivent être joints, donc si une requête en ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire ne peut pas être déposée avant l'expiration de la deuxième année sociale, ceci d'autant plus que le dépôt dont question au point 3° doit intervenir dans les sept mois de la clôture de l'année sociale et que, suivant l'article 70, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, la première année sociale peut dépasser le cadre de l'année civile.

Pour le Conseil d'Etat, le point 3° doit être interprété dans le sens que les comptes annuels des deux dernières années sociales doivent être joints en annexe de la requête en ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire s'ils ont été approuvés par les actionnaires, mais non encore déposés au registre de commerce et des sociétés, ce qui n'empêche pas un débiteur de déposer une telle requête après la première année sociale ou même lorsque les comptes annuels n'ont été ni approuvés ni déposés.

Le Conseil d'Etat propose de compléter le point 3° par les termes « *pour autant qu'ils aient été établis* ».

Les représentants du Ministre de la Justice proposent de maintenir une disposition relative aux comptes annuels. A défaut, on inciterait les entreprises à ne pas établir régulièrement des comptes annuels, alors qu'ils constituent un outil indispensable pour le chef d'entreprise pour se faire une image de la situation financière de son entreprise. Le dépôt des comptes annuels sert également à informer les créanciers sur l'évolution de la situation financière du débiteur.

Les représentants du Ministre de la Justice donnent à considérer que, lors de l'élaboration du présent projet de loi, il n'était pas nécessairement prévu d'exclure d'office du mécanisme de la réorganisation judiciaire les entreprises qui n'existent que depuis peu de temps.

En ce qui concerne l'interprétation de la disposition sous examen, les représentants du Ministre de la Justice proposent d'effectuer une recherche sur la doctrine belge à ce sujet.

Il est proposé de continuer la discussion sur ce point lors de la prochaine réunion.

3. **Divers**

Aucun point divers n'a été soulevé.

Luxembourg, le 18 avril 2016

Le Secrétaire-administrateur,
Carole Closener

Le Président,
Franz Fayot

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