

Commission droit économique du Barreau – Sous-commission droit de l’insolvabilité

Avis du Conseil de l’Ordre du Barreau de Luxembourg portant sur le projet de loi n° 6539 relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite

Considérations générales

Le projet de loi n° 6539 vise à apporter une série de modifications législatives susceptibles de changer fondamentalement certains aspects des procédures d’insolvabilité au Grand-Duché de Luxembourg, matière qui intéresse au plus haut degré les acteurs de la vie judiciaire dont notamment les membres du Barreau. Le Barreau de Luxembourg a d’ailleurs été consulté par le Ministère de la Justice en amont de l’élaboration du projet de loi et le Conseil de l’Ordre se félicite de ce qu’un certain nombre d’orientations importantes proposées dans ce contexte ont été retenues par les auteurs du texte.

Le Conseil de l’Ordre a estimé utile de soumettre ledit projet à une analyse approfondie, dont les conclusions sont résumées dans l’avis qui suit.

Selon l’exposé des motifs, le projet de loi sous examen vise à réaliser une réforme en profondeur du droit de l’insolvabilité avec comme maître-mot de privilégier la survie et le redressement d’une entreprise commerciale ou d’un commerçant, par rapport à la liquidation.

Les auteurs du projet de loi ont pris l’option de s’inspirer largement de la réforme intervenue en Belgique par la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises. Cette initiative est à saluer dès lors que le législateur luxembourgeois a toujours pris le parti de s’orienter très largement tant en matière du droit des sociétés que du droit de la faillite par rapport au régime belge. Ce dernier a donc été une source d’inspiration tant sur le plan doctrinal que sur le plan jurisprudentiel pour nos juridictions et praticiens du droit.

Par contre, pour certaines dispositions d’ordre procédural, les auteurs du projet de loi ont par endroits repris des dispositions du code judiciaire belge qui ne sont cependant, ni en phase avec les règles de procédure luxembourgeoises, ni appropriées eu égard à certaines pratiques et usages bien établis de nos juridictions.

Par ailleurs, le texte belge a récemment fait l’objet d’une réforme importante par une loi modificative promulguée le 27 mai 2013. Cette réforme fait suite au constat de certains abus et mauvais fonctionnements du régime initialement conçu, notamment en ce qu’il donnait trop de libertés aux débiteurs négligents voire mal intentionnés. Le texte de réforme a été conçu dans le cadre de travaux d’un important groupe de travail composé des spécialistes les plus éminents en la matière. Le Conseil

de l'Ordre estime qu'un tel texte de réforme ne devrait être ignoré par le législateur luxembourgeois, même s'il ne convient pas non plus de le suivre aveuglément, puisqu'au-delà de certains points techniques, il est aussi guidé par des choix politiques que le législateur luxembourgeois n'entend pas nécessairement suivre. Le présent avis comporte donc une série de propositions qui tiennent compte de cette réforme belge.

Commentaire des articles

Article 1 : Régime des « créanciers sursitaires extraordinaires »

Le Conseil de l'Ordre note qu'à l'instar de la loi belge sur la continuité des entreprises, le projet de loi sous analyse entend soumettre au régime sursitaire les créances dites « sursitaires extraordinaires », qui visent entre autres les créances sursitaires « garanties par un privilège spécial ». Sont donc notamment visées les créances garanties par un gage.

Dans ce contexte, il ne semble pas inutile de souligner que le projet de loi ne déroge évidemment pas au régime de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière. Pour preuve, s'il en fallait, le projet de loi, en son article 91, entend modifier la loi sur les contrats de garantie financière en un point de détail seulement, à savoir le remplacement, dans son article 1er, point 11) (définition de « procédure de liquidation »), de la référence au « concordat judiciaire » – régime devenant caduc - par celle au régime de l'« accord collectif ». Ceci constitue donc une confirmation - implicite mais nécessaire - que le régime prévu par la loi sur les contrats de garantie financière, à savoir, notamment, l'immunisation de ces derniers contre les effets de procédures d'assainissement ou de liquidation en vertu des articles 18 et suivants de cette loi, n'est pas affecté par le projet sous analyse. Une adaptation, à ce même article 1er de la loi sur les contrats de garantie financière, de la définition de « mesures d'assainissement » n'est pas requise, puisque ces mesures sont définies en des termes génériques¹ couvrant d'ores et déjà le cas de figure de la réorganisation judiciaire prévue aux articles 12 et suivants du projet de loi commenté. Il en résulte que le régime de sursis détaillé à l'article 18 ainsi qu'aux articles 25 et suivants du projet de loi n'affectera pas les droits des créanciers gagistes qui portent sur des avoirs visés par la loi sur les contrats de garantie financière. De même, les dispositions de l'article 30 du projet de loi (tenant en échec les clauses de résolution ou de résiliation relatives aux contrats en cours) n'affecteront pas la protection spécifique accordée par la loi sur les contrats de garantie financière par rapport aux dispositions régissant les mesures d'assainissement ou de procédures de liquidation, celles-ci comprenant les procédures introduites par le projet de loi.

Dans ce contexte, l'on notera d'ailleurs que le régime belge sur la continuité des entreprises n'entend pas non plus affecter l'efficacité des sûretés visées par la loi belge du 15 décembre 2004 sur les sûretés financières - qui est l'équivalent de la loi luxembourgeoise sur les contrats de garantie financière (la loi belge ayant certes un champ d'application plus restreint que le texte luxembourgeois).

Dans le même ordre d'idées, le Conseil de l'Ordre estime que l'**article 27 du projet de loi**, suivant lequel « le sursis n'affecte pas le sort des créances spécifiquement gagées au profit de tiers », est en

¹ Il s'agit « des mesures impliquant l'intervention d'une autorité administrative ou judiciaire, qui sont destinées à préserver ou rétablir la situation financière et qui affectent les droits préexistants de tiers, y compris notamment les mesures qui comportent une suspension des paiements, une suspension des mesures d'exécution ou une réduction des créances ».

fait inutile dans le contexte luxembourgeois. En effet, ce texte, directement inspiré de la loi belge relative à la continuité des entreprises, ne ferait que confirmer une évidence, à savoir que le sursis ne saurait affecter un gage sur créance, puisque, en droit luxembourgeois (contrairement au droit belge), la loi sur les contrats de garantie financière vise *toutes créances* et non pas uniquement les créances d'espèces inscrites en compte. Dès lors, reprendre le texte belge pourrait porter à confusion, dans la mesure où cette disposition pourrait être perçue comme contredisant, à suivre un raisonnement a contrario, le principe énoncé ci-avant suivant lequel en tout état de cause la loi sur les contrats de garantie financière prévaut.

Il y a dès lors lieu de supprimer purement et simplement la disposition de l'article 27.

Le Conseil de l'Ordre aimerait par ailleurs attirer l'attention du législateur sur les problématiques suivantes :

Contrairement au droit belge, le projet luxembourgeois inclut parmi les créances sursitaires extraordinaires les créances sursitaires des administrations fiscales (impôts directs et TVA) et de la sécurité sociale. Ceci constitue un changement substantiel par rapport au texte belge et constituera certainement un obstacle majeur au succès d'un plan de réorganisation.

On notera encore que la définition exclut le privilège du travailleur, qui lui est un créancier sursitaire pour la part de sa créance née avant le sursis.

Article 2

Le Conseil de l'Ordre note que le projet de loi propose un champ d'application plus étendu que la loi belge qui a servi de référence, en y incluant notamment les artisans et toutes les sociétés civiles. La loi belge (article 3) ne s'applique, outre les commerçants, qu'aux sociétés agricoles (qui bénéficient de la personnalité juridique en vertu d'une disposition légale qui leur est propre) et les sociétés civiles à forme commerciale. Cette dernière catégorie est une catégorie spécifique du droit belge: en effet, les sociétés de droit commun à objet civil n'ont, à l'opposé du droit luxembourgeois, pas de personnalité juridique en droit belge, sauf si elles adoptent volontairement la forme d'une société commerciale – l'application de la loi peut donc se justifier par la forme de la société dans ce cas. Par contre, la loi belge exclut de manière expresse (article 4) les sociétés civiles à forme commerciale exerçant ou par le biais desquelles est exercé une profession libérale.

Les auteurs du projet de loi justifient le choix en ce qui concerne les artisans par le fait que même si nombre d'entre eux exercent sous forme d'une société commerciale et tombent donc sous la loi par ce biais, il y en a d'autres qui travaillent en nom personnel, et qu'il est utile de les faire bénéficier des modes de prévention prévus par la loi. Par contre, l'extension à toutes les sociétés civiles n'est pas justifiée expressément outre le constat d'une utilité générale de cette extension.

Sans vouloir juger de l'opportunité d'une telle approche, le Conseil de l'Ordre souhaite soulever un certain nombre de considérations d'ordre technique:

- a) le champ d'application de la loi n'est pas identique à celui des dispositions du Code de Commerce régissant la faillite. Il y aura donc un certain nombre de débiteurs (les sociétés civiles et les artisans personnes physiques) qui pourront le cas échéant se voir appliquer des

procédures de prévention de la faillite définies par la loi, sans que pour autant ils puissent faire l'objet du régime de la faillite, qui est pourtant une conséquence possible, voire une issue naturelle en cas d'échec de la mesure de prévention ;

- b) le choix d'extension à toutes les sociétés civiles (sans exclusion, comme en Belgique, des professions libérales, à part les sociétés d'avocats, soumises à un régime spécial) mène à d'autres interrogations – si l'objectif de la loi est de préserver une entreprise, il faut constater que bon nombre de sociétés civiles n'exploitent pas d'entreprise en tant que telle mais se bornent à une activité de détention d'actifs, par exemple immobiliers. On peut donc se demander si les procédures prévues par la loi ont une raison d'être à leur égard. D'un autre côté, si on s'oriente à l'existence d'employés et de créanciers en nombre, il faut constater que certaines autres entités juridiques, telles que les ASBL, actives notamment dans le domaine de l'économie solidaire, pourraient également tomber dans ce domaine. En outre, la loi peut s'avérer d'une application difficile à l'égard de sociétés civiles exerçant une profession libérale (raison pour laquelle le législateur belge les a exclues) ;
- c) une des conséquences que tire le législateur de l'inclusion des sociétés civiles est la création d'une compétence double, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale pour les commerçants et le tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile pour les sociétés civiles et les artisans. Tenant compte du fait que les cas d'application concerneront probablement en grande partie les commerçants (et notamment des sociétés commerciales), le Conseil de l'Ordre s'interroge sur l'opportunité d'une telle compétence divisée – ne serait-il pas plus efficace et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de réserver la compétence en la matière aux seules juridictions commerciales afin de permettre le développement d'une jurisprudence unique et cohérente en la matière? C'était d'ailleurs le choix du législateur belge qui a réservé la compétence au seul tribunal de commerce.

Article 3

Quant aux entités exceptées du champ d'application du titre 1er concernant les mesures en vue de préserver les entreprises, le Conseil de l'Ordre estime que l'exclusion visant génériquement les « entreprises du secteur financier soumises à la surveillance prudentielle de la Commission de surveillance du secteur financier à l'exception des PSF de support » peut, en l'absence d'une définition précise du terme « entreprises du secteur financier », donner lieu à des interprétations divergentes. Dans un souci de sécurité juridique, le Conseil de l'Ordre estime dès lors qu'une référence explicite aux différents textes législatifs applicables et aux entités correspondantes serait de mise.

Quant au fond, le Conseil de l'Ordre peut suivre le raisonnement des auteurs du texte suivant lequel l'application des mesures de préservation prévues par le projet de loi serait inadéquate pour des entreprises qui ne se voient pas appliquer le régime de la faillite et se voient appliquer des régimes de sursis, de redressement ou de liquidation particuliers. Il convient cependant aussi de rappeler que nombre d'entités surveillées, même si elles sont susceptibles de se voir appliquer le régime de la faillite, peuvent être soumises à des mesures particulières suite à l'intervention de l'autorité de

surveillance, telle l'administration provisoire (pouvant par exemple être demandée par la CSSF concernant des organismes de titrisation agréés), les mesures de blocage et d'assainissement ordonnées par l'autorité (de tels pouvoirs revenant par exemple au Commissariat aux assurances en relation avec les entreprises de réassurance) ou encore un régime de sursis et de gestion surveillée suite à une décision de retrait d'agrément par la CSSF (qui intervient souvent dans le contexte de difficultés financières; ce régime s'applique notamment aux organismes de placement collectif, aux fonds d'investissement spécialisés, aux sociétés d'investissement en capital à risque, aux fonds de pension ou encore aux organismes de titrisation agréés).

Il pourrait paraître délicat de permettre l'institution de mesures d'assainissement soumises à un régime différent et risquant de contredire les effets voulus par les législations particulières s'appliquant à ces entités réglementées. Il s'agit-là, cependant, d'un choix politique et le Conseil de l'Ordre se limitera dès lors à attirer l'attention des instances législatives sur ce problème potentiel.

Au vu des réflexions qui précèdent, le Conseil de l'Ordre entend d'abord énumérer les entités qui, d'après son analyse, devraient certainement être exclues du régime du projet de la loi commenté en ce qu'elles sont soumises à des régimes d'insolvabilité particuliers (et il serait proposé de faire figurer les entités par référence à la législation spéciale applicable dans le texte de l'article 3, texte qui pourrait dès lors être restructurée sous forme de liste énumérative) :

- les établissements qui ont la gestion de fonds de tiers au sens de l'article 60-1 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier;
- les entreprises d'assurance soumises à la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances.

Il conviendrait ensuite de réfléchir à compléter cette liste par d'autres entités réglementées qui ne sont pas soumises à un régime d'insolvabilité particulier, mais qui sont susceptibles de faire l'objet de mesures prudentielles visées ci-avant :

- les entreprises de réassurance soumises à la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances ;
- les organismes de placement collectif visés aux articles 2 et 87 de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif;
- les fonds d'investissement spécialisés soumis à la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés;
- les sociétés d'investissement en capital à risque soumis à la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la société d'investissement à capital à risque;
- les fonds de pension visés à la loi modifiée du 13 juillet 2005 relative aux institutions de retraite professionnelle sous forme de sepcav et assep;

- les organismes de titrisation qui émettent en continu des valeurs mobilières à destination du public visés aux articles 19 et suivants de la loi modifiée du 22 mars 2004 relative à la titrisation;
- les établissements de paiement et les établissements de monnaie électronique soumis à la loi relative aux services de paiements.

Le Conseil de l'Ordre est conscient que d'un point de vue légistique, une telle énumération comporte des risques de coordination à l'avenir et requiert donc une attention particulière en cas de changements législatifs à intervenir dans ces différents textes. Mais une description générique comportant un degré de sécurité juridique suffisant ne paraît que difficilement possible au vu de la diversité des cas de figure. Il y va de la prévisibilité juridique pour tous les acteurs concernés, prévisibilité qui est essentielle notamment sous l'angle de l'analyse de risque crédit que devront faire les entreprises qui seront engagées par rapport à ces entités réglementées.

Le Conseil de l'Ordre se demande finalement si, d'un point de vue formel, il ne serait pas préférable que l'article 3, quant à l'exclusion des sociétés d'avocats, ne se réfère non pas à la loi modificative du 16 décembre 2011, mais à la « loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat ».

Article 4

À l'instar de l'article 5 de la loi belge du 31 janvier 2009 relative à la continuation des entreprises, il serait indiqué, afin d'éviter tout équivoque à ce sujet, de préciser que les requêtes visées dans la loi peuvent être signées par le débiteur seul ou par son avocat, le ministère d'avocat à la Cour, sous réserve des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 547 du Nouveau code de procédure civile, n'étant de façon générale pas obligatoire en première instance en matière commerciale.

Article 9 (ainsi que les articles 10, 22 et 66) : Commentaire général sur les « experts assermentés »

Le projet de loi propose de choisir le conciliateur d'entreprise parmi les « *experts assermentés* » désignés en application de la loi du 7 juillet 1971 portant, en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés et complétant les dispositions légales relatives à l'assermentation des experts, traducteurs et interprètes. D'après l'article 1^{er} de cette loi « *Le ministre de la Justice peut, en matière répressive et administrative, désigner des experts, des traducteurs et des interprètes assermentés, chargés spécialement d'exécuter les missions qui leur sont confiées par les autorités judiciaires et administratives.* »

Il est encore fait référence, dans le projet de loi, aux experts assermentés de la loi de 1971 aux articles 10 (désignation d'un mandataire de justice pour préserver la continuité de l'entreprise), 22 (désignation par le tribunal d'un mandataire de justice pour assister le débiteur dans sa réorganisation judiciaire) et 66 (faisant renvoi aux articles 455 et 456 dans leur nouvelle mouture sur la désignation des curateurs).

Il est malaisé de comprendre l'idée derrière l'ouverture des différentes fonctions de mandataires aux experts assermentés.

On lit dans le commentaire de l'article 455 : « *L'article 455 actuel n'a jamais été suivi d'application dans la réalité. Les curateurs ont toujours été choisis par les tribunaux parmi les avocats sur base de la disposition de l'article 456 alinéa 2. L'article a été reformulé pour préciser que les curateurs de faillites seront désormais choisis soit parmi les avocats parmi les experts assermentés désignés en tant que liquidateur assermenté figurant sur la liste arrêtée en application de la loi du 7 juillet 1971 portant en matière répressive et administrative, de désigner des experts, des traducteurs et des interprètes assermentés, chargés spécialement d'exécuter les missions qui leur seront confiées par les autorités judiciaires et administratives.*

Le projet de loi est consistant à cet égard avec la démarche adoptée en matière de désignation des conciliateurs d'entreprise et des mandataires de justice dans le cadre du titre I.

Bien évidemment il existe des aspects qui ne peuvent pas être unifiés (comme par exemple les tarifs et honoraires en cas de faillite), mais le but était d'avoir un seul et unique cadre légal dans lequel tous les experts sont réunis. »

Il semble donc que cette mesure procède du regret que l'article 455 du Code de commerce, qui dispose que : « *Le Gouvernement pourra, sur l'avis conforme de la Cour supérieure de justice, instituer des liquidateurs assermentés près les tribunaux où le nombre et l'importance des faillites l'exigeront* », n'ait jamais été appliqué dans la pratique.

Loin de tout esprit de corporatisme, il est de l'avis du Conseil de l'Ordre qu'une telle ouverture est inappropriée, et cela pour plusieurs raisons :

1. La pratique du droit des faillites est fermement ancrée auprès des avocats et, dans une moindre mesure, auprès des réviseurs, comme le constate d'ailleurs le commentaire des articles précités. On voit dès lors mal l'intérêt de confier des missions de conciliateur, de mandataire en matière de réorganisation ou de curateur à un expert assermenté, qui n'aura aucune expérience pratique de la matière et qui ne sera, *a priori*, pas qualifié pour de telles missions.

Me Jean-Pierre Renard dans son commentaire de la loi belge de 2009 écrit ce qui suit au sujet du médiateur (l'équivalent du conciliateur dans notre projet de loi) : « *Rien ne l'impose, mais il semble effectivement préférable que le médiateur d'entreprise soit un avocat spécialisé en procédure d'insolvabilité (qu'il soit inscrit à la liste des curateurs ou non) ou un professionnel des « chiffres » (idéalement un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable) avec une excellente connaissance juridique des procédures d'insolvabilité (qui impliquent la connaissance de diverses branches du droit telles que le droit des sociétés, le droit commercial et le droit social). Si cette personne pouvait en outre suivre une formation en médiation, elle remplirait, à notre sens, l'essentiel des critères requis pour pouvoir accéder à la fonction de médiateur d'entreprise.* »

Le même raisonnement est transposable, de l'avis du Conseil de l'Ordre, à notre sens aux missions du mandataire et du curateur. De par sa technicité et sa complexité, la pratique du droit des faillites devrait être confiée aux avocats et aux réviseurs, quitte, le cas échéant, à instaurer une liste de conciliateurs / mandataires / curateurs assermentés.

2. La deuxième objection majeure à l'ouverture de ces missions aux « experts assermentés » réside dans le mode de rémunération des experts, qui est de l'avis du Conseil de l'Ordre mal

adapté à la réalité des mandats judiciaires en matière de faillite, comme le semble à nouveau reconnaître indirectement le commentaire de l'article 455 nouveau du code de commerce. L'article 5 de la loi de 1971 dispose que « *Les honoraires des experts assermentés et ceux des traducteurs et interprètes assermentés ou non seront arrêtés et modifiés comme frais de justice conformément à l'article 98 de la loi du 18 février 1885 sur l'organisation judiciaire.* » Les honoraires des experts faisant office de mandataires sous la nouvelle loi concernant les faillites seraient dès lors arrêtés comme frais de justice. Deux observations encore sur ce point : d'une part, la loi du 18 février 1885 semble avoir été abrogée, de sorte qu'il est difficile de déterminer selon quelles modalités seraient fixés ces frais de justice. D'autre part, du moins pour ce qui est de la mission de conciliateur, on ne se situe pas nécessairement dans un contexte judiciaire, la désignation du conciliateur étant faite par le Ministre de la Justice.

Article 10

Le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, en désignant un mandataire de justice, est appelé « dans des cas graves et patents, à prendre des mesures spécifiques et limitées dans le temps qui doivent permettre de préserver la continuité de l'entreprise » (Exposé des motifs, sub art. 10, p. 54). Ces mesures sont par essence urgentes et provisoires, d'où la raison pour laquelle le président statue selon la forme du référé. Pareille action est, en principe, introduite par voie d'assignation conformément aux articles 934 à 940 du Nouveau code de procédure civile.

Quant au fond, le Conseil de l'Ordre ne commentera pas autrement le choix politique fait par les auteurs du texte, mais se limite à constater le caractère hautement intrusif des mesures envisageables dans un tel contexte, mesures qui risquent de heurter les libertés fondamentales d'entrepreneurs qui, faut-il rappeler, n'auront pas nécessairement choisi de poursuivre une quelconque procédure soumise à surveillance de justice. Dans ce contexte, le Conseil de l'Ordre se doit aussi de renvoyer à ses commentaires – qu'il estime fondamentaux – faits à l'article 19 ci-dessous à propos de la notion de « menace de la continuité de l'entreprise » et de la présomption purement comptable y inscrite (à savoir la réduction de l'actif net à moins de la moitié du capital social). Il serait intolérable qu'une entreprise parfaitement saine puisse se voir exposer à des actions de tiers qui, elles, risquent effectivement de menacer sa continuité.

Pour ce qui est des « *experts assermentés* », il est renvoyé au commentaire fait à l'article 9 ci-dessus.

Articles 12 et suivants : Commentaire général sur la réorganisation judiciaire

La philosophie de la procédure de réorganisation judiciaire peut être résumée comme suit :

1. protéger l'entreprise ou une partie de celle-ci avec en corollaire le maintien des emplois et ce indépendamment de la structure sociétaire ;

2. mise en place d'une procédure judiciaire souple lors de laquelle le commerçant reste aux commandes de son entreprise ; procédure qui lui laisse le droit de choisir à son gré entre différentes procédures et différents objectifs propres pour chaque activité ou partie d'activité de son entreprise ;
3. limitation des pouvoirs du tribunal et régime de protection légal dont l'attribution au débiteur est quasi automatique.

Par rapport à ces principes, il y a d'ores et déjà lieu de citer les critiques suivants qui seront précisés dans le commentaire des articles :

1. La procédure se caractérise par l'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 ; 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 mécanisme précis destiné à mettre rapidement fin à une procédure dilatoire introduite par un débiteur. 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.
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. Proposition de solutions en matière du droit du travail, partiellement reprises du droit belge, mais qui sont difficilement transposables en droit luxembourgeois et solutions de compromis difficiles à exécuter lors d'un transfert d'entreprise parce que longues et onéreuses.

Certaines de ces faiblesses ont été reconnues par le législateur belge qui vient de réformer son régime par une loi « portant ajustement de la loi relative à la continuité des entreprises et organisant le dossier électronique et modifiant les lois du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie et du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail » (ci-après « la loi d'amendement belge »), dont le législateur luxembourgeois pourrait utilement s'inspirer. Il est rappelé que la loi d'amendement belge est en grande partie le résultat des travaux d'un groupe d'experts éminents.

Article 13

Le Conseil de l'Ordre souhaiterait faire les commentaires suivants concernant à l'article 13 :

- (i) Toutes les pièces devraient être jointes par le débiteur immédiatement sous peine d'irrecevabilité de la demande. Il s'en suit que le point 10 du paragraphe 2 (visant les pièces complémentaires que le débiteur juge utile de verser) devrait être supprimé de la liste (étant entendu que le débiteur pourra évidemment joindre des pièces non prévues sur la liste, s'il le souhaite);
- (ii) A l'instar du projet d'amendement belge le débiteur devrait être invité à présenter un budget sérieux, contrôlé par un comptable ou un réviseur d'entreprises, garantissant qu'il pourra faire face aux coûts de la procédure de réorganisation et aux créances nées après le jugement d'ouverture.

La réorganisation présente en effet un risque non négligeable en cas d'échec. Les créanciers non sursitaires risquent alors de rester impayés.

- (iii) Le rôle du ministère public (voir en outre les articles 23, 24 et 57 (2) du projet) et celui du greffier (voir à ce sujet également les articles 16, 21 et 36 du projet) ont été copiés du texte belge sans tenir compte des spécificités luxembourgeoises.

Dans ce contexte il faut notamment se poser la question du rôle et du degré d'implication du Parquet économique dans la vie des affaires commerciales et l'adaptation du greffe aux nouvelles techniques de communication.

Il est proposé de modifier cet article comme suit :

« Sous peine d'irrecevabilité il joint à sa requête toutes les pièces suivantes :

1. *un exposé des faits sur lesquels est fondée sa demande et dont il ressort qu'à son estime, la continuité de son entreprise est menacée à bref délai ou à terme;*
2. *l'indication de l'objectif ou des objectifs pour lesquels il sollicite l'ouverture de la procédure de réorganisation;*
3. *les deux derniers comptes annuels si ceux-ci n'ont pas encore été déposés en application de l'article 75 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises;*
4. *une situation comptable de son actif et de son passif et un compte de résultats ne datant pas de plus de trois mois. Les petites sociétés visées à l'article 35 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité*

et les comptes annuels des entreprises communiquent leur compte de résultats selon le schéma complet;

- 5. un budget comprenant une prévision d'encaissements pour la durée demandée du sursis au moins, établi sous le contrôle d'un expert-comptable externe ou d'un réviseur d'entreprises, et démontrant avec un degré de certitude suffisant que le débiteur pourra faire face aux coûts de la procédure de réorganisation et aux créances non-sursitaires;*
- 6. une liste complète des créanciers sursitaires reconnus ou se prétendant tels, avec mention de leur nom, de leur adresse et du montant de leur créance et avec mention spécifique de la qualité de créancier sursitaire extraordinaire;*
- 7. s'il est en mesure de les formuler, les mesures et propositions qu'il envisage pour rétablir la rentabilité et la solvabilité de son entreprise, pour mettre en œuvre un éventuel plan social et pour satisfaire les créanciers;*
- 8. l'indication que le débiteur a satisfait aux obligations légales et conventionnelles d'information et de consultation des salariés ou de leurs représentants;*
- 9. une copie du rapport établi en application de l'article 7 paragraphe 3.*
- 10. ~~toutes autres pièces que le débiteur juge utiles pour étayer la demande.~~ »*

Article 15

Le Conseil de l'Ordre suggère d'ajouter à la liste des formalités auxquelles le juge délégué est tenu de prêter une attention particulière celle de l'article 40 qui commande au débiteur de communiquer à chacun de ses créanciers le montant de la créance pour lequel ce créancier est inscrit dans ses livres. Il s'agit en effet d'une information importante pour les créanciers qui leur permet de s'assurer qu'il n'y a pas de divergences entre eux et leur débiteur sur le montant de leurs créances et, le cas échéant, de contester en temps utile le montant en application des dispositions du projet de loi. Le contrôle par le juge délégué de l'observation de cette formalité paraît dès lors justifié

Article 19

L'article 19 énonce à son alinéa 3 que lorsque le débiteur est une personne morale, la continuité de son entreprise est en tout cas présumée être menacée si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social.

Le Conseil de l'Ordre se doit d'émettre des réserves circonstanciées sur la pertinence de ce critère, repris de la loi belge, dans le contexte luxembourgeois. Il est un fait qu'un grand nombre de sociétés créées à des fins de financement ou d'acquisitions ont recours, notamment pour des raisons de flexibilité, à du quasi-capital sous forme d'instruments hybrides subordonnés et souvent à très longue maturité souscrits par les actionnaires. Tout en présentant sous certains aspects des

similitudes avec des parts de capital, ces titres sont néanmoins de la dette et sont comptabilisés comme telle. Des ratios bilantaires de 1 (capital social) à 99 (titres hybrides) ne sont pas exceptionnels. Dans ces circonstances, une légère perte, par exemple due à une provision pour dépréciation d'actifs, qui au regard des fonds propres de la société - les titres hybrides y sont assimilables d'un point de vue économique – n'affecte en rien la solidité financière de la société, peut néanmoins faire basculer l'actif net en-dessous de la moitié du capital social.

Les mêmes arguments peuvent être avancés au sujet des prêts d'actionnaires dont l'usage est courant au Luxembourg, notamment dans les structures où pour des raisons tenant entre autres à la séparation des risques, plusieurs sociétés superposées, l'une filiale de l'autre, sont créées. Souvent subordonnés à toutes les autres dettes, parfois dotés de clauses dites de « limited recourse » qui les rendent exigibles uniquement si la société débitrice dispose des moyens de les acquitter, les prêts d'actionnaires, tout comme les titres hybrides décrits plus haut, sont à de nombreux égards assimilables à du capital, et en tout état de cause très différents d'une dette « réelle » envers un tiers.

Le critère de l'alinéa 3, en ce qu'il ne tient pas suffisamment compte de la diversité des modes de financement des sociétés au Luxembourg, est un indicateur peu fiable de la réalité de leurs difficultés financières. Par ailleurs le projet de loi ne précise pas si la présomption de l'alinéa 3 est irréfragable, liant ainsi le tribunal, ou simple.

Les risques découlant du recours par le projet de loi à un critère comptable trop rigide et inadapté aux spécificités luxembourgeoises sont de plusieurs ordres :

Le premier est simplement que la procédure de réorganisation puisse être ouverte dans des cas où la situation financière du débiteur ne le justifie pas. En poussant un peu plus loin le raisonnement, on pourrait aussi envisager que des débiteurs cherchent à se prévaloir de cette disposition pour bénéficier de la protection de la procédure de réorganisation judiciaire et se mettre ainsi à l'abri, au moins temporairement, des poursuites de leurs créanciers alors même que leurs finances ne sont pas obérées au point que la continuité de leur entreprise serait menacée.

Il est également permis de faire un rapprochement avec l'article 10 du projet de loi aux termes duquel tout intéressé est habilité à saisir le juge afin de faire nommer un mandataire de justice lorsque la continuité de l'entreprise est menacée à cause de manquements graves et caractérisés du débiteur. A noter que cet article sort ses effets en dehors de toute procédure de réorganisation judiciaire. Or, comme dans la formulation actuelle de l'article en question, le recours est ouvert à tout intéressé et que le juge semble disposer d'un pouvoir discrétionnaire pour déterminer l'étendue et la durée de la mission du mandataire de justice, il importe de limiter l'application de l'article 10 et l'intervention judiciaire dans la vie des affaires qui y est instituée, aux cas où la continuité de l'entreprise est réellement menacée. Il n'est donc pas souhaitable de déterminer la viabilité d'une entreprise, condition dont dépend la mise en œuvre de l'article 10, sur base d'un critère comptable mal calibré.

Pour toutes ces raisons, le Conseil de l'Ordre estime qu'il serait préférable de laisser au tribunal le pouvoir d'appréciation de l'existence d'une menace à la continuité des entreprises sur base des éléments fournis par le requérant et du rapport du juge délégué et suggère par conséquent de supprimer l'alinéa 3 de l'article 19.

Article 20

Le projet affaiblit de l'avis du Conseil de l'Ordre assez considérablement la position des tribunaux dans le contexte de la procédure de la réorganisation judiciaire :

- (i) D'une part, en application de l'article 1(n) du projet, les chambres commerciales du Tribunal d'Arrondissement perdraient leur monopole de compétence en matière de réorganisation des entreprises. Elles partageraient à l'avenir leur compétence avec les chambres civiles qui reçoivent les requêtes des artisans et des sociétés civiles.² Ces compétences dissociées ne favorisent ni une spécialisation des juges ni une jurisprudence homogène. Il est aussi renvoyé aux commentaires faits sous l'article 2 ci-dessus. Le Conseil de l'Ordre propose de maintenir le monopole des chambres commerciales pour toutes les affaires ressortant de la future loi.
- (ii) La procédure devant le tribunal est trop libérale quant aux conditions d'accès à la protection du sursis : il suffira au débiteur aux abois de verser une requête avec une partie seulement des documents justificatifs pour pouvoir se protéger contre les actes d'exécution de ses créanciers. Le tribunal devra se prononcer dans des délais extrêmement rapides sans même avoir la garantie d'avoir reçu les pièces manquantes. Il accordera de manière quasiment automatique un sursis d'exécution dès qu'il y a risque que la continuité de l'entreprise est menacée.

D'après l'expérience en Belgique ce sursis dure « *facilement de six mois à un an et demi* » (voir projet d'amendement belge : Exposé des motifs). Par la suite, le débiteur - qui n'est ni assisté, ni contrôlé par un mandataire de justice, sauf si un créancier prend l'initiative de le demander à ses propres frais - essaiera de préparer un plan de réorganisation. D'après l'article 36 du projet, qui en est l'article clé, le tribunal n'a aucun pouvoir d'initiative pour mettre fin à une procédure téméraire. Ce n'est que sur citation (ou plutôt assignation, d'après le Conseil de l'Ordre) du ministère public ou de tout intéressé et seulement après le 30ème jour suivant le dépôt de la requête que le tribunal pourra mettre fin à la procédure de réorganisation. D'après l'expérience vécue en Belgique, ni le ministère public, ni les créanciers ne prennent cependant d'initiative. « *Il y a deux raisons pour cela. En premier lieu, les créanciers ne disposent pas de l'information nécessaire, certainement aussi longtemps que le dossier électronique n'est pas disponible à distance. En outre ils ne veulent pas faire des dépenses supplémentaires et se contentent de se plaindre auprès du tribunal de commerce. Le ministère public n'a pas non plus partout les possibilités de suivre les*

² Le projet semble avoir oublié les entreprises agricoles.

dossiers: il ne peut agir que sur le rapport du juge délégué et au plus tôt un mois après l'ouverture de la procédure. Après la communication du rapport, il doit encore citer le débiteur. La période de sursis est souvent déjà écoulée. » (Voir projet d'amendement belge, commentaires de l'article 24).

Si le sursis se prolonge, il y a risque que le nombre des créanciers non sursitaires s'accroisse faisant naître un sentiment de frustration de leur part et une distorsion de concurrence sur le marché.

Le Conseil de l'Ordre suggère les modifications suivantes :

- Art 20(2) : « *Si les conditions visées à l'article 19 sont remplies, le tribunal déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire et fixe la durée du sursis visé à l'article 12, qui ne peut être supérieure à six mois; à défaut, le tribunal rejette la demande.* »
- Art 20(2) : ajout d'une 2^{ème} phrase : « *Le Tribunal peut ordonner le dépôt d'une somme à déposer par le requérant auprès de la Caisse de Consignation afin de faire face aux frais de la procédure.* »

Article 21 (1)

Cet article précise que le jugement qui déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire est, à la diligence du greffier et dans les cinq jours de sa date, publié par extrait au Mémorial C et que le débiteur doit aviser les créanciers individuellement des mentions devant obligatoirement figurer dans l'extrait à publier dans les quatorze jours du prononcé du jugement.

L'information des créanciers est une pierre angulaire du projet. Cette information constitue le pendant de la protection offerte au débiteur. Le créancier est impuissant devant la mesure de sursis accordée par le tribunal et doit attendre le choix stratégique de son débiteur qui au cours de la procédure peut même changer d'objectif avec la possibilité de demander un sursis complémentaire (voir notamment l'article 34).

Il est important que le créancier puisse suivre l'évolution de la procédure, à savoir déposer sa déclaration de créance, fournir des justifications en cas de contestation de leur créance, contrer les mesures prises par un débiteur de mauvaise foi essayant de les évincer de la participation au vote, se défendre contre toute manipulation de dernière minute de la liste des créanciers avant le vote etc.

Le projet prévoit que l'information se fait en principe par publication au Mémorial C (voir les articles 36, 50, 55 et 59 (2)). Dans certains cas les créanciers sont informés par la voie du greffe (article 48) et dans des cas exceptionnels par une notification individuelle, à l'initiative du débiteur (articles 21 paragraphe 2, 35 et 41 paragraphe 6).

Le débiteur négligent ou peu scrupuleux risque cependant de ne point procéder à l'information individuelle des créanciers, ce à plus forte raison que le texte ne prévoit aucune sanction en la matière. Conscients de cette lacune, certains auteurs belges ont suggéré que le juge délégué chargé de veiller au respect des dispositions du titre 1er du projet de loi, informe le tribunal en cas de non-

respect de son obligation d'information de ses créanciers par le débiteur, afin que le tribunal puisse, notamment dans le cadre de l'homologation du plan, tirer toutes les conséquences qui s'imposent de la négligence du débiteur (I. Verougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2010-2011, n° 25.1.43). Le Conseil de l'Ordre suggère dès lors d'amender le projet en ce sens que le tribunal ait la possibilité de mettre fin à la procédure en cas de non-respect des formalités d'information des créanciers, respectivement de pouvoir motiver son refus d'homologation du plan en cas de traitement non équitable des créanciers.

Faute de consulter le Mémorial C, les créanciers s'exposent au risque de ne pas être mis au courant de l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire. Aussi est-il suggéré, comme tel est le cas pour les faillites et liquidations judiciaires, de voir procéder à la publication par le greffier, par voie d'extraits, dans deux quotidiens luxembourgeois de large diffusion. Cette mesure de publication pourrait intervenir concomitamment avec celle au Mémorial C, voire tout bonnement en lieu et place de cette dernière. Il va de soi que les frais afférents sont à la charge du débiteur et que le tribunal devrait en tenir compte dans la détermination des sommes à consigner en début de procédure (il est renvoyé à la proposition du Conseil de l'Ordre faite à l'article 20).

L'article 21 (1) du projet pourrait donc être complété comme suit :

« Le jugement qui déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire est, à la diligence du greffier et dans les cinq jours de sa date, publié par extrait au Mémorial C et dans deux quotidiens luxembourgeois de large diffusion. Les frais de publication sont avancés par le débiteur. »

A l'instar de ce qui est suggéré aux commentaires des articles 13(5) et 20 ci-dessus, les coûts de publication seraient à prendre en charge par le débiteur ce par ponction sur la somme consignée par ce dernier sur décision du tribunal en vue de couvrir les frais de la procédure de réorganisation.

Article 22

Il est surprenant de constater que sauf pour le transfert d'entreprise à l'article 55, le tribunal ne dispose d'aucun pouvoir d'initiative pour nommer un mandataire de justice.

Les missions et pouvoirs de ce dernier ne sont pas clairement définis dans le projet de loi, ni d'ailleurs le financement de sa mission.

En s'appuyant sur une pratique efficace qui a fait ses preuves, le tribunal devrait pouvoir imposer au débiteur l'avance des frais.

Le Conseil de l'Ordre propose les modifications suivantes :

« Art. 22. (1) Le tribunal, lorsqu'une telle désignation est utile pour atteindre les fins de la procédure de réorganisation judiciaire, ~~le tribunal~~ peut par la même décision ou à tout autre moment de la procédure, nommer un mandataire de justice ~~choisi parmi les experts assermentés désignés en tant que mandataires de justice en application de la loi du 7 juillet 1971 portant en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés et complétant les~~

dispositions légales relatives à l'assermentation des experts, traducteurs et interprètes pour assister le débiteur dans sa réorganisation judiciaire, auquel cas le tribunal fixe la mission sur la base de la demande du débiteur.

(2) Une même demande peut être faite par le débiteur ou par un tiers qui y a un intérêt. Dans ce cas, la demande est introduite par (...) »

Il conviendrait par ailleurs d'introduire une nouvelle disposition à la suite de l'article 22 avec la teneur suivante :

« Le tribunal peut dans le jugement qui déclare ouverte la procédure de réorganisation judiciaire ou dans toute autre décision ultérieure, imposer au débiteur des obligations d'information complémentaires facilitant le suivi de la procédure.

Si le débiteur ne se conforme pas à ces obligations, le tribunal peut agir comme prévu à l'article [36] ou peut, le cas échéant, refuser de proroger le sursis sollicité en vertu de l'article [33]. »

Article 23

Cet article dispose qu'en cas de faute grave et caractérisée ou de mauvaise foi manifeste du débiteur ou d'un de ses organes, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé ou du ministère public et dans le jugement qui ouvre la procédure de réorganisation judiciaire ou dans un jugement ultérieur, le débiteur entendu et le juge délégué entendu dans son rapport, leur substituer pour la durée du sursis un administrateur provisoire chargé d'administrer l'entreprise de la personne physique ou de la personne morale.

Eu égard à la gravité de la mesure – il s'agit de dessaisir le débiteur de la gestion de ses biens – cette tâche est confiée à une chambre du tribunal et non à son président. La demande se fait selon le droit commun, c'est-à-dire par voie d'assignation. Compte-tenu de la nature de la décision à prendre, le tribunal devrait statuer à brève échéance ; c'est la raison pour laquelle les auteurs du projet de loi ont prévu que la demande serait instruite et jugée conformément aux articles 934 à 940 du Nouveau code de procédure civile. Dès lors que les juridictions commerciales ne connaissent pas des audiences régulières de référés, la fixation de l'audience de référé aux fins voulues par l'article 23 (1) du projet de loi devra se faire par la voie de l'abréviation des délais d'ajournement selon les modalités prévues à l'article 934, alinéa 2, du Nouveau code de procédure civile.

A l'instar de ce que le Conseil de l'Ordre a suggéré dans son commentaire de l'article 22 ci-dessus, le tribunal devrait avoir la possibilité de prendre d'office un certain nombre de mesures, telle la nomination d'un administrateur provisoire.

Les auteurs du projet de loi ont, à l'instar de la loi belge du 31 janvier 2009, exclu la voie de l'opposition contre les jugements rendus par application du paragraphe 1^{er} de l'article 23, ce afin d'éviter tout recours dilatoire (I. Verougstraete, Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite, Kluwer 2010-2011, p. 147, n°2.5.1.58).

Par contre, d'après les auteurs du projet de loi, un recours contre un jugement serait ouvert et devrait être formé devant le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, ce dans un délai de huit jours suivant la notification desdits jugements. En l'espèce, seul un appel serait concevable.

Le Conseil de l'Ordre ne saurait cependant admettre que l'appel dirigé contre un jugement rendu par une formation collégiale du tribunal d'arrondissement soit porté devant un magistrat de cette même juridiction siégeant comme juge unique. L'on pourrait tout au plus concevoir un recours en rétractation contre le jugement de nomination de l'administrateur provisoire auquel cas la juridiction ayant institué cette mesure, serait appelée, sur base d'un débat contradictoire, à reconsidérer sa position. Or, pareil recours, outre qu'il pourra se faire par la voie de l'appel comme il le sera précisé ci-après, est déjà prévu implicitement par l'alinéa 2 de l'article 23 (1) du projet de loi, le tribunal, pouvant à tout moment pendant la période de sursis, dans les formes et conditions prévues pour la nomination de l'administrateur provisoire, retirer sa décision, voire modifier les pouvoirs de l'administrateur provisoire.

Dès lors que les auteurs du projet de loi ont entendu autoriser l'appel contre le jugement de nomination de l'administrateur provisoire - et à fortiori contre un éventuel jugement de rejet - l'appel devrait se faire, à raison du parallélisme des formes applicables en matière de référé, selon les modalités prévues à l'article 939 du Nouveau code de procédure civile, c'est-à-dire par voie d'assignation à jour fixe, ce endéans le délai de huit jours à partir de la notification du jugement par le greffier. A se demander, cependant, si le délai de huit jours n'est pas trop court et ne devrait pas être calqué sur celui de l'appel de référé qui, lui, est de quinze jours. Dans ce cas de figure, le ministère d'avocat à la Cour ne devrait donc plus non plus être obligatoire en instance d'appel.

Les auteurs du projet de loi entendent voir signifier tant l'assignation que l'acte d'appel respectivement au procureur d'Etat et au procureur général d'Etat, tout en accordant le droit d'exercer les « voies de recours » au ministère public. Le Conseil de l'Ordre croit comprendre qu'en ce faisant, les auteurs du projet de loi se sont inspirés de l'article 21 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les autres comptes annuels des entreprises (voir le commentaire des articles, sub. article 78 concernant les voies de recours ouvertes contre les décisions de dissolution administrative sans liquidation prises par le gestionnaire du registre de commerce). Si pareille mesure peut se concevoir en matière de dissolution administrative sans liquidation, elle est cependant inadaptée en l'espèce et ne donne de sens que si le ministère public est partie à la procédure.

Traditionnellement, en matière de faillite, le ministère public ne dispose sur les opérations de la faillite que d'un droit de regard. En effet, aux termes de l'article 464 du Code de commerce, le procureur d'Etat « peut assister à toutes les opérations de la faillite, prendre inspection des livres et papiers du failli, vérifier sa situation et se faire donner par les curateurs tous les renseignements qu'il jugera utiles ». Le ministère public n'est appelé qu'à donner son avis dans les litiges concernant les faillites, lorsqu'ils sont pendants devant le tribunal de première instance ou devant la Cour d'appel (Les Nouvelles, Droit commercial, tome IV, Faillite et concordats, n° 1630, p. 574).

A ce titre, le parquet n'est pas partie à la procédure de faillite, mais seulement partie jointe (C.A. Luxembourg, 31 mars 1999, rôle n° 22.863).

La matière de la faillite touchant à l'ordre public, le ministère public est donc en principe toujours appelé à donner son avis sur toutes mesures à prendre en matière de faillite ou de réorganisation judiciaire. A ce titre, il devrait aussi être entendu par le tribunal dans le cadre de toutes les étapes de la procédure de réorganisation judiciaire prévue aux articles 20 et suivants du projet de loi.

Le projet de loi, en son article 23 (1), déroge à la règle générale selon laquelle le ministère public n'est pas partie à une procédure collective en lui accordant le droit de demander, selon la procédure y prévue, la nomination d'un administrateur provisoire au même titre que tout autre intéressé. Or lorsqu'il formule pareille demande, le ministère public, partie au litige, a les mêmes droits, mais aussi obligations, que toute autre partie. A ce titre, il dispose du droit d'exercer toute voie de recours qu'il estime appropriée. Le droit commun retrouve alors son empire. Le Conseil de l'Ordre s'interroge dès lors sur l'opportunité de faire mention dans le projet de loi du droit d'exercice des voies de recours du ministère public.

Le texte belge (article 56 (2)) a par ailleurs été modifié pour répondre à la question de savoir à qui l'acte d'appel devait être signifié ; le texte belge disposant dorénavant que l'appel « *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.* »

Le Conseil de l'Ordre note enfin une erreur de renvoi à la fin du paragraphe 3.

Au vu de ce qui précède, le Conseil de l'Ordre propose donc de reformuler l'article 23 de la manière suivante:

« Art. 23. (1) En cas de faute grave et caractérisée ou de mauvaise foi manifeste du débiteur ou d'un de ses organes, le tribunal peut d'office ou à la demande de tout intéressé ou du ministère public et dans le jugement qui ouvre la procédure de réorganisation judiciaire ou dans un jugement ultérieur, le débiteur entendu et le juge délégué entendu dans son rapport, leur substituer pour la durée du sursis un administrateur provisoire chargé d'administrer l'entreprise de la personne physique ou de la personne morale.

A tout moment (...) de l'administrateur provisoire.

Ces décisions sont publiées conformément à l'article 21 paragraphe 1er et notifiées conformément à l'article 21 paragraphe 3.

(2) Les jugements rendus par application du paragraphe 1^{er} ne sont pas susceptibles d'opposition.

Ils peuvent être frappés d'appel dans un délai de huit jours à partir de leur 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. »

Pour autant que les auteurs du projet de loi entendaient suivre la voie choisie par le législateur belge, le texte de loi devrait préciser à qui l'acte d'appel serait à signifier, selon la formule choisie par le texte belge.

Article 24

Cet article traite des voies de recours contre le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, voire le jugement de rejet de la demande d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire. Dès lors que les auteurs du projet de loi entendent voir appliquées les mêmes voies de recours que celles prévues pour la nomination d'un administrateur provisoire, le Conseil de l'Ordre peut se borner à renvoyer à ses commentaires faits en relation avec l'article 23 du projet de loi.

L'article 24 devrait donc être modifié comme suit, sauf à voir maintenir, comme le suggèrent les auteurs du projet de loi, la disposition au titre de laquelle l'appel est suspensif s'il est dirigé contre un jugement de rejet de la demande :

«Art. 24 Le jugement statuant sur la demande d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire 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 rejette la demande, l'appel est suspensif. »

Se pose en outre la question de savoir si en cas de jugement rejetant la demande, l'appel - qui dans ce cas est suspensif - laisse entière la protection du débiteur prévue par l'article 18.

En cas de réponse affirmative, des procédures dilatoires et des abus aux droits des créanciers ne seront pas à exclure.

Article 25

L'article 25 précise le sort des créances sursitaires à partir du jugement accordant un sursis au débiteur. Selon cet article, est suspendue toute voie d'exécution sur les biens meubles ou immeubles. Le principe du sursis des voies d'exécution lui-même reste en conformité avec les dispositions actuellement en vigueur au Luxembourg.

Article 26

Pour l'alinéa 1^{er} de cet article, il est renvoyé au commentaire fait sur l'article 25 ci-dessus.

Selon le deuxième alinéa de l'article 26, « les saisies déjà pratiquées antérieurement conservent leur caractère conservatoire ». Cette formule ne vise donc que les saisies qui ont un caractère conservatoire, comme la saisie-arrêt et la saisie conservatoire commerciale. La saisie-exécution, la saisie immobilière et la saisie-brandon, n'ont pas à proprement parler de phase conservatoire. Cependant, il serait utile que les effets de ce genre de saisie soient maintenus aussi longtemps que la vente n'a pas été effectuée.

Concernant la mainlevée des saisies conservatoires, l'article manque de précision.

D'abord, l'article ne précise pas la procédure à suivre pour obtenir la mainlevée de la saisie. Par quel acte cette demande devra-t-elle être faite ? Quels sont les éléments à l'appui d'une telle demande ? Quelle est la juridiction territorialement compétente ?

Puis, l'expression de « préjudice significatif » mérite clarification. A priori, chaque créancier subit un préjudice lorsque sa saisie est mainlevée. D'après Ivan Verougstraete (Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite, édition 2010-2011), « pour évaluer le préjudice significatif le juge peut tenir compte de la situation du créancier saisissant par rapport à l'intérêt de l'entreprise en difficulté tout comme il pourra tenir compte de l'objet de la saisie ». En vue d'éviter une décision arbitraire et une distinction non justifiée entre créanciers se trouvant dans la même situation il faudrait préciser les critères par rapport desquels le préjudice est à évaluer. Pour cela, on pourrait éventuellement tenir compte des critères doctrinaux précédemment énoncés.

Article 27

Le Conseil de l'Ordre renvoie à ses commentaires faits relatifs à l'article 1er. 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.

Article 28

Cet article permet en son alinéa premier le paiement volontaire de créances sursitaires par le débiteur sans pour autant fournir le moindre critère à ces fins. Il est proposé 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. »

L'alinéa 2 de l'article 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.

Le Conseil de l'Ordre 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. ».

Article 32

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. Le Conseil de l'Ordre 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.

Notons qu'il existe de multiples causes de fins anticipées de la procédure de réorganisation : l'article 35 où le débiteur renonce tout simplement à sa requête et par conséquent au sursis ; l'article 36 (1) où le tribunal peut ordonner la fin anticipée de la procédure de réorganisation lorsque le débiteur n'est manifestement plus en mesure d'assurer la continuité de toute ou partie de son entreprise ou de ses activités et où le tribunal peut, mais ne doit pas prononcer la faillite ; l'article 36 (2) où le tribunal a le pouvoir de statuer d'office sur la fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire en cas de non dépôt des pièces visées à l'article 13 paragraphe 2 et où d'après la doctrine belge une faillite d'office serait cependant exclue ; le cas de l'article 37 où le sursis expire sans qu'il y ait prorogation ; le cas de l'article 49 où les créanciers n'approuvent pas le plan de réorganisation et où ils n'auraient pas assigné en faillite.

Notons finalement que l'article 37 dispose que « le sursis prend fin et les créanciers retrouvent l'exercice intégral de leurs droits et actions ». Quid alors du droit préférentiel des anciens créanciers non sursitaires qui, faute de création d'une masse, ne sont pas à traiter comme créanciers de la masse ?

Article 33

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

Le Conseil de l'Ordre 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. »

Article 36

Cet article prévoit le cas où le débiteur n'est pas en mesure d'assumer la continuation de son entreprise.

L'article 36 (2) sanctionne le débiteur qui omet de verser les pièces exigées en application de l'article 13 au moment du dépôt de la requête introductive d'instance.

Comme il a été suggéré d'amender l'article 13 et d'imposer au débiteur l'obligation de verser l'intégralité des pièces au moment du dépôt de la requête au tribunal, sous peine d'irrecevabilité de la demande, il est proposé de supprimer tout simplement l'article 36 (2).

Une autre alternative serait de l'amender en ce sens qu'il constituerait une sanction en cas de non respect par le débiteur des mesures ordonnées par le tribunal ou le juge délégué.

En ce qui concerne l'article 36 (1) on constate que, ni le tribunal, ni le juge délégué ne se voient attribuer un quelconque pouvoir d'initiative.

On a vu que d'après l'expérience vécue en Belgique, dans la plupart des cas, ni le Ministère Public, ni les créanciers ne prennent l'initiative de saisir le tribunal.

S'y ajoute que le tribunal ne dispose pas d'un instrument d'intervention rapide similaire à l'article 8 de la loi belge sur les faillites permettant au président du tribunal de commerce de dessaisir en tout ou partie le débiteur de la gestion de ses biens.

La loi d'amendement belge a d'ailleurs assoupli davantage l'article 8 permettant une intervention encore plus rapide du président du tribunal de commerce.

Par ailleurs, le projet de loi fait chaque fois référence au terme « citation » en visant une demande du ministère public. Ce terme est emprunté au droit belge. Le ministère public, sauf le cas des citations en matière pénale, devrait procéder, à l'instar de toute autre partie, par voie d'assignation devant comporter les mentions obligatoires prévues aux articles 153, 154 et 548 du Nouveau code de procédure civile. Le Conseil de l'Ordre préconise dès lors de remplacer le terme « citation » par « assignation » tant dans l'article sous discussion que dans l'article 36(1), paragraphes 2 et 3, l'article 53, paragraphe 1, l'article 54(2), paragraphes 1 et 2, l'article 71, dernier paragraphe, l'article 77, paragraphe 1.

Le Conseil de l'Ordre propose dès lors les modifications suivantes :

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

(2). Le tribunal statue d'office ou sur requête du débiteur, sur assignation du ministère public ou de tout intéressé dirigée contre le débiteur, le juge délégué entendu en son rapport et le ministère public en son avis.

Dans ce cas le tribunal peut prononcer par le même jugement la faillite du débiteur.

(3) Lorsque le juge délégué considère que la fin anticipée de la procédure de réorganisation judiciaire se justifie au regard du paragraphe 1^{er}, il établit un rapport qu'il communique au débiteur, au président du tribunal et au ministère public.

Le débiteur est convoqué à comparaître devant le tribunal par courrier recommandé dans un délai de huit jours après la communication du rapport. Le courrier recommandé mentionne que le débiteur sera entendu à l'audience et qu'il peut être mis fin à la procédure de réorganisation judiciaire.

A l'audience le débiteur est entendu et le ministère public est entendu en son avis et peut requérir le cas échéant la fin anticipée de la procédure.

(4) Le jugement est publié conformément aux modalités prévues à l'article 21 (1), et notifié par courrier recommandé au débiteur. .»

Article 37.

Cet article précise que « dès le prononcé du jugement qui ordonne la fin anticipée de la procédure en réorganisation judiciaire ou qui la clôture, le sursis prend fin et les créanciers retrouvent l'exercice intégral de leurs droits et actions ». En cas de faillite subséquente, l'article 32 s'applique si cette procédure collective a un lien étroit avec la précédente procédure de réorganisation judiciaire, en ce qu'il envisage un régime particulier pour les créanciers non-sursitaires qui correspondent aux créances nées pendant la phase de réorganisation judiciaire.

Article 38.

Les auteurs du projet de loi ont pris le parti d'instaurer, dans le cadre d'une procédure de réorganisation, la possibilité de demander un sursis, pour permettre au débiteur d'obtenir l'accord de ses créanciers sur un plan de réorganisation et le cas échéant le transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités à un tiers, pour lui permettre la conclusion d'un accord amiable extra-judiciaire avec tous ses créanciers. Ce faisant, les auteurs du projet de loi se sont départis de la loi belge qui, elle, visant à obtenir un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers, distingue entre les accords amiables conclus entièrement en dehors du cadre judiciaire et ceux conclus dans le cadre d'une réorganisation judiciaire (voir le commentaire des articles 12 et 38). Il est permis de s'interroger sur les raisons du choix des auteurs du projet de loi d'exclure ainsi la possibilité, pour le débiteur, de pouvoir demander un sursis en vue de la recherche d'un accord amiable judiciaire avec ses créanciers, ce à plus forte raison que d'après l'esprit même du texte, la procédure de réorganisation judiciaire est censée se faire sous le contrôle du juge (article 12 du projet de loi) avec toutes les garanties que cela comporte.

Le débiteur, pendant la période du sursis, peut, sur requête, demander, et le tribunal lui accorder, des délais de paiements tels que prévus à l'article 1244 du Code civil. Dans l'esprit des auteurs du projet de loi, ces délais seraient octroyés sur requête unilatérale, d'où la raison pour laquelle ils ont omis le terme « contradictoire » initialement prévu dans le texte belge. Ce faisant, le tribunal appelé à se prononcer sur la demande de délais de paiement sur requête unilatérale du débiteur, aurait le pouvoir d'imposer aux créanciers qui seraient par ailleurs partie à l'accord des délais de paiement avec lesquels ils pourraient ne pas être d'accord.

Aux termes de l'article 1244 du Code civil, le juge peut accorder au débiteur des délais pour le paiement de ses dettes et surseoir à l'exécution des poursuites. Il ne s'agit en l'espèce que d'une simple faculté accordée au juge, ce dernier ne devant user de ce pouvoir qu'avec modération et une grande réserve.

Le délai de grâce n'est à accorder que s'il apparaît comme vraisemblable, qu'à l'expiration du terme de grâce sollicité, le débiteur pourra s'acquitter intégralement de sa dette, ce qui présuppose qu'il soumettra à la juridiction saisie une projection approximative de l'évolution future de sa situation financière et, en fonction de cette projection, indique la durée requise du terme de grâce sollicité (O. Poelmans, *Droit des obligations au Luxembourg, Principes généraux et examen de jurisprudence*, p. 384).

D'après la doctrine, les termes et délais octroyés dans le cadre de l'accord amiable ne pourront être que modérés et ne pourront pas emporter la réduction de la créance d'un créancier sans son accord exprès (I. Verougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2010-2011, n° 2.5.3.8., p. 182), d'où notamment la consultation obligatoire des créanciers.

Le Conseil de l'Ordre, conscient du fait qu'une consultation obligatoire et systématique des créanciers pourrait s'avérer fastidieuse et compliquée, surtout en présence d'un grand nombre de petits créanciers, se pose néanmoins la question si, dans un souci d'équité, le tribunal ne devrait pas avoir la possibilité, s'il l'estimait approprié, de pouvoir consulter les créanciers.

Article 40

Afin de permettre au jugé délégué de contrôler, conformément à l'article 15, tel que le Conseil de l'Ordre préconise de le modifier, que le débiteur s'est bien acquitté de son obligation de communication aux créanciers, il serait souhaitable d'ajouter une disposition analogue à celle proposée dans le projet de loi belge modifiant la législation en matière de continuité d'entreprises qui exige que le débiteur dépose au greffe une copie de la communication à ses créanciers. Le Conseil de l'Ordre propose dès lors d'insérer un troisième alinéa dont la teneur est la suivante :

« Le débiteur transmet au greffe une copie de la communication visée au présent article pour être jointe au dossier visé à l'article 16. »

Article 44

Le dernier alinéa de l'article 44 prévoit que les représentants du personnel « seront entendus ». Le Conseil de l'Ordre 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.

Article 48 alinéa 6

En utilisant uniquement l'expression « cautions et autres sûretés personnelles », le texte n'inclut pas les cautions réelles qu'il s'agira de rajouter.

Article 49

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 1er :

« Aux fins du présent article, entre 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. »

Article 50

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 à 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.

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. »

Rappelons 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.

Notons 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.

Le Conseil de l'Ordre 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."

Article 51

Le jugement statuant sur la demande du débiteur de l'homologation de son plan de réorganisation judiciaire par accord collectif est susceptible de recours. A l'instar de ce qui est prévu à l'article 23(1) pour les jugements de nomination d'un administrateur provisoire pendant la durée de la procédure de réorganisation judiciaire, les auteurs du projet de loi entendent voir porter ce recours devant le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement. Le Conseil de l'Ordre 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.

Article 52

L'article 52 alinéa 3 traite du créancier qui n'a pas été dûment informé au cours du sursis et dont on découvre l'existence après le vote ou après le prononcé du jugement d'homologation du plan.

D'après le texte du projet il est prévu qu'« ... il sera payé selon les modalités et dans la mesure prévue dans le plan homologué pour des créances similaires. ». On doit cependant 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.

Article 52 Alinéa 5

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

Article 54 (2)

L'article 54 paragraphe 2 prévoit la possibilité d'un transfert sur décision du tribunal, mais sans qu'il ne soit demandé ni même consenti par le débiteur, de tout ou partie de l'entreprise du dernier à la demande du procureur d'Etat, d'un créancier ou de toute personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise. Ce transfert forcé peut être ordonné a) lorsque le débiteur est en état de faillite sans avoir demandé l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire (point 1° de l'article 54 paragraphe (2) et b) dans certains cas d'échec de la procédure de réorganisation judiciaire (points 2° à 4°). On comprend que ce qui sous-tend cette disposition est la volonté de préserver l'activité économique et l'emploi, serait-ce au prix de ce qui peut être assimilé à une expropriation du débiteur. Le Conseil de l'Ordre n'a pas vocation à exprimer une opinion sur une question qui relève de la politique législative du Gouvernement mais voudrait attirer l'attention sur le caractère dissuasif que le mécanisme de transfert forcé ne manquera pas d'avoir sur les débiteurs. Face au risque de voir leur entreprise faire l'objet d'une cession forcée, en tout ou en partie, si la procédure de réorganisation judiciaire n'aboutit pas pour un des motifs énoncés aux points 2° à 4° (par exemple si les créanciers n'approuvent pas le plan de réorganisation) il est probable que de nombreux débiteurs hésiteront à y recourir.

Ne pourrait-on pas envisager qu'en plus de l'échec de la procédure de réorganisation judiciaire (article 54 paragraphe (2) points 2° à 4°) une deuxième condition soit remplie qui serait que le débiteur soit en état de faillite au moment du constat dudit échec pour conférer le pouvoir aux tribunaux d'ordonner un transfert forcé d'une entreprise ou d'une partie d'une entreprise ?

Article 55 alinéa 1

Au sujet des mandataires de justice, il est renvoyé aux commentaires sous l'article 10 du projet de loi.

Article 56

Le Conseil de l'Ordre se pose des questions concernant l'articulation de l'article 56 par rapport à la notion de transfert d'entreprise telle que définie par les articles L.127-1 et suivants du Code du travail.

En effet, le paragraphe 1er de l'article reprend le principe du transfert automatique des contrats de travail tel qu'énoncé par l'article L.127-3 du Code du travail. Dès lors, il conviendrait de déterminer si un tel transfert constitue un transfert d'entreprise au sens de l'article L.127-1 du Code du travail entraînant l'application des dispositions du Code du travail ou s'il s'agit d'un régime particulier dérogatoire.

Concernant le paragraphe 2, le premier alinéa prévoit la possibilité de modifier les conditions de travail pour préserver l'emploi dans le cadre d'une procédure de négociation collective. Que signifie « une procédure de négociation collective » ? Par ailleurs, quelle sera la valeur juridique d'un éventuel accord ? Un tel accord, s'il devait entraîner des modifications substantielles dans les contrats de travail au détriment des salariés, ne serait pas opposable aux salariés. L'accord des salariés serait nécessairement requis.

Quant à l'alinéa 2, il ressort de la rédaction actuelle que la modification du contrat de travail nécessite l'accord du cessionnaire et du cédant. Dans ce cas, dans la mesure où la modification est le résultat d'une volonté commune des deux parties, est-il opportun de préciser que les modifications doivent être liées à des raisons techniques, économiques ou organisationnelles et ne pas créer des obligations plus lourdes au cessionnaire que celles qui découlent des négociations collectives ? Les deux parties sont libres de modifier le contrat pour les raisons qu'elles souhaitent et il est improbable que le cessionnaire n'accepte des obligations plus lourdes.

De plus, il conviendrait de préciser de quelles « négociations collectives » il s'agit. S'agit-il de la négociation collective visée à l'alinéa 1er ? Ou des conventions collectives applicables ?

Concernant le paragraphe 3, il s'agit d'un point qui renvoie directement à la question principale de savoir si un transfert tel qu'envisagé par les articles 54 et suivants du projet de loi (réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice) constitue un transfert d'entreprise au sens du Code du travail. En effet, le paragraphe 3 reprend l'article L.127-3 (1) du Code du travail tout en en réduisant la portée. Dès lors, quelle serait l'articulation entre l'article 56 (2) et l'article L.127-3 (1) du Code du travail?

Le paragraphe 4 constitue également un exemple de la problématique principale de la qualification de transfert d'entreprise au sens du Code du travail. En effet, en cas de transfert d'entreprise, tous les salariés affectés à l'activité transférée sont de plein droit transférés au cessionnaire. Un tel transfert s'impose tant au cédant qu'au cessionnaire mais également au salarié. Dès lors, le cessionnaire ne peut en principe faire un choix entre les salariés.

Il conviendrait sans doute de remplacer le terme « différenciation interdite » par « discrimination ».

Quant au sort des représentants du personnel, il importe de rappeler qu'en cas de transfert d'entreprise, le mandat social peut être perdu dès lors que la délégation du personnel n'est pas propre à la partie d'activité transférée. Dans ce contexte, il conviendrait de déterminer le régime du mandat social en cas de transfert « judiciaire ».

Enfin, le paragraphe 4 ne détermine pas le sort des salariés qui ne sont pas transférés. Si ces salariés devaient être licenciés, quels motifs pourraient être invoqués? Des salariés non transférés ne pourraient-ils pas invoquer l'existence d'un transfert d'entreprise au sens du Code du travail pour exiger le transfert de leur contrat de travail chez le cessionnaire ?

Il résulte de l'ensemble de ces commentaires que, dans un souci de sécurité juridique, il serait opportun de préciser explicitement si « une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice » constitue un transfert d'entreprise au sens des articles L.127-1 et suivants du Code du travail.

Article 62

Le législateur belge a ajouté un nouvel article 67-1 dont la teneur est la suivante:

« Si le débiteur est déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire avant que le mandataire de justice n'ait rempli pleinement son mandat, le mandataire de justice demande au tribunal de le décharger. Le tribunal peut décider, sur base du rapport du juge délégué, de le charger de terminer certaines tâches. Le mandataire de justice transmet dans tous les cas le produit du transfert au curateur ou au liquidateur pour répartition. L'honoraire du mandataire de justice est imputé sur l'honoraire du curateur et du liquidateur. »

Cet article tente de combler une lacune de la loi lorsqu'une faillite survient dans le courant d'un transfert ordonné sous autorité de justice. Le Conseil de l'Ordre suggère de suivre la loi belge sur ce point.

En ce qui concerne l'actuel troisième alinéa, le texte omet de prescrire des mesures de publicité du jugement de clôture. Le Conseil de l'Ordre suggère de prévoir le texte suivant en fin d'article :

« Le jugement de clôture est publié au Mémorial C et dans deux quotidiens luxembourgeois de large diffusion endéans huit jours à partir du prononcé par les soins du greffe aux frais du débiteur. »

Article 64

Cet article vise les obligations de la personne physique qui, à titre gratuit, s'est constituée sûreté personnelle du débiteur.

Le texte belge a été complété par deux alinéas qui visent le sort du conjoint et de l'ex-conjoint du débiteur, personnes qui du fait de leur qualité peuvent éventuellement être tenues de manière solidaire des dettes de la caution par cette seule qualité (le texte belge rajoutant également le cas du cohabitant légal, celui-ci n'ayant cependant pas d'équivalent au Luxembourg).

Le Conseil de l'Ordre propose de rajouter le texte suivant en s'inspirant du texte belge:

« A compter du jugement visé à l'article 55, sont suspendues jusqu'au jugement visé à l'article 62, alinéa 3, toutes les voies d'exécution du chef des créances sursitaires à charge du conjoint ou ex-conjoint du débiteur, qui est coobligé par l'effet de cette qualité, à la dette de son conjoint ou ex-conjoint. »

Article 65 alinéa 3

Il y a lieu de rajouter une obligation de publication dans "deux quotidiens luxembourgeois de large diffusion" et une indication que la publication se fera aux frais du débiteur.

Article 65 alinéa 4

En utilisant uniquement le terme « sûretés personnelles », le texte n'inclut pas les cautions réelles qu'il s'agira de rajouter.

Article 66

Le législateur devrait prendre soin de se référer aux règles et barèmes applicables aux curateurs de faillite, respectivement de laisser au tribunal le choix de fixer les honoraires du mandataire judiciaire.

Article 66 (1)

Vu la modification des articles 455 et 456 du Code de commerce dans la rédaction proposée par le Conseil de l'Ordre, le paragraphe (1) de l'article 66 est acceptable dans sa proposition actuelle qui renvoie auxdits articles.

Article 70

Quant à l'article 70 relatif au champ d'application personnel de la procédure de dissolution administrative sans liquidation, le Conseil de l'Ordre renvoie à ses commentaires faits en rapport avec l'article 3 ci-avant, qui valent *mutatis mutandis*. Il conviendrait donc que le texte de l'article 70 vise expressément et clairement toutes les entités pertinentes soumises à surveillance prudentielle, telles que discutées ci-dessus au titre de l'article 3, étant entendu qu'une procédure de dissolution administrative sans liquidation semble incompatible avec les régimes de liquidation judiciaire prévus par ces différents textes.

Article 78

L'article 78 du projet de loi permet tant à la société commerciale ayant fait l'objet d'une décision de dissolution administrative sans liquidation par le gestionnaire du registre de commerce, ainsi qu'à tout intéressé, de former un recours contre cette décision devant le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale à l'instar de ce qui est prévu pour les jugements du tribunal pour les procédures de réorganisation judiciaire (articles 23 et 51 du projet de loi). Comme l'expliquent à bon escient les auteurs du projet de loi, la voie de recours devant ce magistrat peut se justifier par analogie à la procédure prévue pour les recours contre les décisions du gestionnaire du registre de commerce prises dans le cadre des attributions qui lui ont été confiées par la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les autres comptes annuels des entreprises.

Articles 86 (7) et 86 (30) du projet de loi : articles 444-1 et 495-1 du Code de commerce

Le projet de loi envisage de remplacer la « faute grave et caractérisée » par la « faute de gestion » comme fait générateur soit d'une interdiction prononcée par le tribunal d'exercer certaines activités (art. 444-1 du Code de commerce) soit d'une action en comblement de passif (art. 495-1 du Code de commerce).

Le concept de « faute de gestion » est emprunté au droit français de la faillite. Il s'agit de « toute faute commise dans l'administration générale de la société, par action ou omission » (G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial, t. 2, 17^e éd., 2004 par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ, n° 3285). Une faute même légère suffit, une simple imprudence ou une négligence (E. FORTIS, Répertoire de droit commercial Dalloz, Entreprises en difficultés (Responsabilités et sanctions).octobre 20

Même si le tribunal conserve le pouvoir de ne pas condamner les dirigeants ou, s'il les condamne, de moduler le montant de la condamnation, il n'en reste pas moins qu'en cas de faillite avec insuffisance d'actifs les dirigeants seront systématiquement sous la menace d'une action en comblement de passif. N'est-il pas un fait que lorsqu'une faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actifs, ce sera dans la grande majorité des cas en raison de décisions critiquables ou simplement malheureuses prises par les dirigeants dans la gestion de l'entreprise? Comme toute faute de gestion, qu'elle soit grave ou légère, pourra entraîner la responsabilité des dirigeants, la modification du régime de responsabilité des dirigeants proposée dans le projet de loi rendra illusoire la protection des entrepreneurs qui exercent leur activité en société notamment pour séparer leur patrimoine personnel de leur patrimoine professionnel.

Il est à craindre que l'extension de la responsabilité des dirigeants touchera en premier lieu les "petits" entrepreneurs, ceux qui n'auront pas les moyens de se protéger par une assurance-responsabilité ou de mettre en place des parades juridiques comme par exemple des gérants personnes morales servant d'écran. Aussi cette évolution vers un régime de responsabilité aggravée dans lequel un dirigeant pourra être condamné à combler le passif de la société pour toute faute de gestion, fût-elle légère, semble aller à l'encontre de la volonté affichée par le Gouvernement *"d'encourager l'entrepreneuriat en aidant l'entrepreneur malchanceux et en lui donnant une deuxième chance"*, comme il est indiqué dans la présentation du projet de loi faite par le Ministère de la Justice.

Le Conseil de l'Ordre préconise dès lors de maintenir le régime actuel de responsabilité des dirigeants, qui est d'ailleurs pour l'essentiel aussi celui en vigueur en Belgique.

Articles 86 (9) et 86 (10) du projet de loi : articles 455 et 456 du Code de commerce

Les articles 455 et 456 posent le principe suivant lequel les curateurs de faillites pourront désormais être désignés non seulement au sein des membres des barreaux du pays, mais également parmi les personnes figurant sur une liste d'experts assermentés en tant que mandataires de justice. Le projet précise encore que les experts assermentés dont question devront justifier d'une formation particulière et présenter des garanties de compétence en matière de procédures d'insolvabilité, sans toutefois que ces éléments ne soient plus amplement détaillés.

Or, dans l'état actuel de la pratique, et bien que cela ne soit pas précisé textuellement par l'art. 456 du Code de commerce, chaque faillite ouverte au Luxembourg comporte au minimum un curateur-avocat.

Si le Conseil de l'Ordre accueille favorablement et encourage l'idée de créer une liste d'experts spécialisés en procédures collectives – mesure qui pourrait selon toute vraisemblance contribuer à améliorer l'administration de telles procédures –, il est plus réservé quant au fait d'ouvrir le rôle de curateur à des non avocats ou à tout le moins de permettre que pour telle ou telle faillite, aucun membre d'un barreau luxembourgeois ne figure parmi les curateurs.

Premièrement, le Conseil de l'Ordre fait valoir que les missions du curateurs comportent nécessairement des éléments relevant de l'analyse juridique : apprécier les questions de

responsabilité et exercer les éventuelles actions résultant de cette appréciation, introduire un recours ou agir contre un tiers pour le compte du débiteur, poursuivre les procédures judiciaires en cours, contester des créances, s'opposer à la réalisation de l'une ou l'autre sûreté, faire reconnaître la nullité d'engagements pris lors de la période suspecte, apprécier le rang de telle ou telle créance, etc. (v. à cet égard VEROUGSTRAETE, I., Manuel de la Faillite et du Concordat, Ed. 2003, Kluwer, p. 262). Ces questions ne sauraient être laissées à l'appréciation de non juristes pour des raisons évidentes de protection du débiteur et des tiers et plus généralement de saine administration des procédures de faillites. Il est également relevé que la circonstance que le bilan du failli serait de taille réduite ne change en rien cette appréciation.

Ensuite, la profession d'avocat présente cet avantage qu'elle fait déjà l'objet d'une réglementation propre et que son exercice est soumis à la surveillance d'une autorité de tutelle, qui contrôlera notamment que les obligations déontologiques strictes prévues par le règlement intérieur du barreau concerné, notamment en matière de conflit d'intérêts, de diligence, de probité et de formation, sont bien respectées. Il est rappelé que l'ensemble de ces obligations professionnelles trouvent à s'appliquer lorsque l'avocat revêt l'habit de curateur et viennent ainsi garantir la protection des parties intéressées à la faillite. A l'inverse, le projet de loi N°6539 prévoit sans plus de précisions que les curateurs non avocats « devront justifier d'une formation particulière et présenter des garanties de compétence en matière de procédures d'insolvabilité ». L'imprécision relative de ces critères, le pouvoir discrétionnaire donné aux tribunaux pour les appliquer et l'absence d'obligations de nature déontologiques sur le modèle de celles applicables aux avocats fait craindre au Conseil de l'Ordre que le statut des curateurs non avocats ne soit pas aussi protecteur des intérêts du débiteur et de ses créanciers que celui du curateur avocat.

Enfin, le Conseil de l'Ordre observe que la pratique de pays voisins tels la Belgique et les Pays-Bas consiste à nommer des curateurs parmi les avocats, comme actuellement au Luxembourg. La loi belge du 8 août 1997 sur les faillites dispose à cet égard que « les curateurs sont choisis parmi les personnes inscrites sur une liste établie par l'assemblée générale du tribunal de commerce (...). Peuvent seuls être admis sur la liste (...), les avocats (...) justifiant d'une formation particulière et présentant des garanties de compétence en matière de procédures de liquidation. » Le monopole de l'avocat (spécialisé) en matière de curatelle est donc consacré légalement en Belgique. Le droit belge fait néanmoins une exception à ce principe, en ce qu'il prévoit que « lorsque la nature et l'importance d'une faillite le commandent, toute autre personne remplissant les conditions de formation et présentant les garanties [de compétence en matière de procédures de liquidation] peut être adjointe en qualité de curateur, en raison de compétences particulières. » Il est encore précisé que le détail des conditions de formation et garanties de compétence est fixé par voie d'arrêtés d'exécution.

Il s'agit là d'une solution dont le Conseil de l'Ordre propose de s'inspirer, tant elle lui paraît adéquate, flexible et équilibrée. En effet, le curateur présentant les qualités d'avocat et de spécialiste des procédures collectives sera par hypothèse non seulement en mesure d'accomplir les actes juridiques visés plus haut, mais également l'ensemble des autres missions relevant de la fonction de curateur. Les conditions précises requises pour accéder à la liste de spécialiste en procédures collectives pourraient relever de la compétence des barreaux du pays. Dans la mesure où des compétences

spécialisées seraient nécessaire (par exemple en matière comptable), le tribunal nommerait un ou plusieurs adjoints au curateur-avocat.

La formulation des dispositions concernées du présent projet de loi pourrait dès lors être revue comme suit :

„Art. 455. Les curateurs aux faillites sont choisis parmi les avocats inscrits sur une liste de spécialistes en procédures d'insolvabilité établie par le barreau du ressort de la faillite, ~~avocats ou choisi parmi les experts assermentés désignés en tant que mandataires de justice en application de la loi du 7 juillet 1971 portant en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés et complétant les dispositions légales relatives à l'assermentation des experts, traducteurs et interprètes.~~“

„Art. 456. Peuvent seuls être admis sur la cette liste visée à l'article 455 les avocats des experts assermentés désignés comme liquidateurs assermentés toutes les personnes justifiant d'une formation particulière et présentant des garanties de compétence en matière de procédures d'insolvabilité.

Lorsque la nature et l'importance d'une faillite le commandent, toute autre personne présentant les garanties prévues à l'alinéa 1^{er} peut être adjointe par le tribunal d'arrondissement compétent au curateur, en raison de compétences particulières.“

Article 86 (12) du projet de loi : article 458 du Code de commerce

Compte tenu des développements sub article 455 et 456, il convient de remplacer le terme « liquidateurs assermentés » par « curateurs ».

« Les curateurs visés aux articles 455 et 456 sont dans l'exécution de leurs missions soumis à la surveillance du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale qui les a nommés ;

Article 86 (13) du projet de loi : article 459 du Code de commerce

Compte tenu des développements à l'article 455, cet article est à supprimer.

Article 86 (15) du projet de loi : article 461-1 du Code de commerce

Le Conseil de l'Ordre accueille positivement l'idée de limiter dans le temps la responsabilité des curateurs et mandataires de justice. Cependant, il ne résulte pas du texte proposé quand une action en responsabilité peut être engagée. Alors que les termes de l'article n'écartent pas une action avant la clôture de la faillite, le commentaire de l'article peut indiquer le contraire. Selon ce commentaire, les curateurs et mandataires de justice ne sont tenus responsables que « pendant un délai de cinq ans à partir de la publication du jugement de clôture », sans préciser quand une demande peut être intentée.

En Belgique, la prescription de la responsabilité du curateur n'est pas réglée par le droit de la faillite, mais résulte du droit commun. Alors que la doctrine belge enseigne que le déroulement et la liquidation de la faillite ne devra en général pas être perturbé par des actions en responsabilité intentées contre le curateur, il faut nuancer les actions potentielles selon la personne du demandeur. Concernant le failli-même, en vue d'éviter des retards dans la liquidation, il ne pourra pas agir avant la clôture de la faillite. Il pourrait tout au plus obtenir la révocation du mandataire. Concernant les tiers, chaque créancier ne devrait pas pouvoir agir personnellement si le préjudice réclamé se fonde dans la masse des créanciers ; une telle action ne devrait être possible qu'à partir de la reddition des comptes ou de la clôture de la faillite. Par contre, une action en responsabilité à l'égard d'un curateur ou d'un mandataire de justice pour un préjudice individuel devrait être possible dès l'apparition du dommage. Dans ce cas, le créancier pourrait engager la responsabilité personnelle délictuelle du mandataire sur base des articles 1382 et s. du Code civil. En Belgique, l'interdiction d'agir en justice contre le curateur avant la clôture de la faillite n'est dès lors pas générale.

Sans préjudice de ces développements, du fait que le jugement de clôture des opérations de la faillite n'étant publié que pour les faillites sans actif ou à actif insuffisant, il conviendrait de supprimer le terme « publication ».

La formulation pourrait dès lors être revue comme suit : « les actions contre les curateurs se prescrivent par cinq ans à partir du jugement de clôture de la faillite. »

Ce texte ne saurait concerner le cas des liquidateurs dans une procédure de liquidation judiciaire en vertu de l'article 203 de la loi sur les sociétés commerciales, celui-ci réglant spécifiquement cette situation.

Nouvel article 477 alinéa 2 du Code de commerce

L'article 477 alinéa 2 est à modifier suite à la suppression des dispositions sur le concordat :

« les autres objets ne pourront être vendus, ~~avant le rejet du concordat~~, qu'en vertu de l'autorisation du tribunal, qui sur le rapport du juge-commissaire, et le failli entendu ou dûment appelé, déterminera le mode et les conditions de la vente. »

Article 86 (19) du projet de loi : article 479 du Code de commerce

Le compte tiers ouvert au nom de la faillite n'est à imposer que pour des faillites comportant un minimum d'actif qui permet de couvrir des frais de tenue d'un compte bancaire.

En cas d'actif suffisant sur le compte ouvert au nom de la faillite, le curateur devrait pouvoir obtenir l'accord du juge-commissaire de se voir rembourser les frais avancés par le débit de ce compte sans qu'il soit nécessaire de recourir à une ordonnance

Article 86 (21) du projet de loi : article 482 du Code de commerce

Le failli risque de ne pas avoir connaissance des convocations qui lui sont faites par un courrier recommandé.

S'il réside ou s'il est établi à l'adresse de l'exploitation indiquée dans le jugement déclaratif de faillite, les courriers envoyés à cette adresse sont continués au curateur par les services postaux.

S'il a changé d'adresse et n'en a pas informé le curateur, un courrier recommandé sera retourné à l'expéditeur.

Par courrier télécopié, courriel ou téléphone, le curateur parvient plus sûrement à joindre un failli.

Le Conseil de l'Ordre propose dès lors de remplacer la troisième phrase de cet article par le texte suivant : « *Les convocations se font par pli recommandé ou par tout autre moyen, tels que courriers télécopiés, courriels ou par voie de presse.* »

Article 86 (22) du projet de loi : article 483 du Code de commerce

Le Conseil de l'Ordre renvoie aux observations sur l'article 482.

La clôture et l'arrêté des comptes se faisant généralement dans les premiers jours du prononcé d'une faillite, le Conseil de l'Ordre ne voit pas la nécessité de convoquer le failli par pli recommandé, surtout si la comptabilité se trouve dans une fiduciaire ou chez un comptable

Article 86 (23) du projet de loi : article 484 du Code de commerce

Si l'obligation pour le curateur de procéder à l'établissement d'un bilan non déposé n'a pas été supprimée, il ne faut pas perdre de vue que les frais exposés pour l'établissement des comptes sociaux représentent un actif qui ne sera pas distribué aux créanciers. Si aucun bilan n'a été déposé et que les administrations fiscales ont procédé à des taxations d'office qui ne peuvent plus être remises en question, il n'y a aucune utilité à déposer des comptes sociaux.

Avant d'autoriser l'adjonction d'un expert-comptable, le juge-commissaire ne manquera pas de vérifier s'il y a un intérêt pour la masse de la faillite à la confection de bilan

Article 86 (24) du projet de loi : article 487-1 du Code de commerce

Alinéa 1

Le curateur est le mieux placé pour savoir si l'actif de la faillite est insuffisant pour couvrir les frais de la procédure de faillite. Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la pertinence pour le juge d'ordonner d'office la gratuité de la procédure.

Il semble préférable au Conseil de l'Ordre de maintenir la pratique antérieure consistant pour le tribunal de prononcer la gratuité de la procédure par jugement sur requête du curateur, d'autant plus que le texte de l'article 487-1 diverge des articles 1 et 2 de la loi du 15 mars 1892 sur la procédure de débet en matière de faillite, qui semble rester en vigueur.

Alinéas 2 et 3

Si le Conseil de l'Ordre ne peut qu'accueillir favorablement la possibilité pour le curateur de demander une avance sur les frais qu'il a exposés ou le remboursement de ces frais, il ne voit pas de justification pour qu'il se voit octroyer une avance sur honoraires dans le cas de faillites dépourvues d'actif sans déclarations de créances salariales à traiter.

En cas de clôture d'une faillite pour insuffisance d'actif, les honoraires de curateur sont généralement taxés au montant minimum de € 1.000,00 fixé au règlement grand-ducal du 18 juillet 2003 portant révision du tarif des honoraires des curateurs.

En cas de remplacement du premier curateur nommé, le deuxième curateur risque de devoir clôturer les opérations de la faillite sans pouvoir toucher d'honoraires ou des honoraires minimes si le premier curateur a déjà obtenu une avance.

Le projet de loi alloue généreusement dans le cas de faillites dépourvues d'actif un supplément forfaitaire d'honoraires par nombre de déclarations salariales traitées en précisant que ce supplément ne pourra dépasser le plafond fixé par le règlement grand-ducal du 18 juillet 2003.

Ce plafond étant de € 3.000,00, le curateur ne pourra obtenir qu'un supplément de € 2.000,00.

Abstraction faite de l'établissement des déclarations salariales par les curateurs, leur vérification, les débats sur les contestations des créances salariales, la continuation des poursuites engagées avant la faillite, le curateur doit également transmettre les déclarations salariales à l'Agence pour le développement de l'Emploi, procéder à la désaffiliation des salariés, établir les certificats de travail en vue de l'obtention des indemnités de chômage ainsi que les certificats de rémunération.

Les honoraires devraient être adaptés, soit par la fixation d'un montant forfaitaire à préciser, soit par le relèvement du plafond prévu au règlement grand-ducal du 18 juillet 2003.

Le texte proposé ne vise que les faillites dépourvues d'actif dans lesquelles des déclarations salariales doivent être traitées.

Des déclarations salariales devant également être traitées dans des faillites comportant un actif quelque peu important, il conviendrait de prévoir également l'allocation d'un supplément forfaitaire d'honoraires

Article 86 (26) du projet de loi : article 491, alinéa 2 du Code de commerce

Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la pertinence de l'ajout de cet alinéa. L'emploi des termes « le tribunal peut fixer ces frais comme frais de la masse » enlève toute justification à cet alinéa.

Si le curateur est contraint de louer auprès de tiers un dépôt pour y entreposer les biens de la masse que ce soit pour vider les lieux ou si la vente ne peut se faire rapidement, il est incontestable que ces frais sont des frais de la masse et ne peuvent rester à charge du curateur.

Si le tribunal conserve la possibilité de décider qu'il ne s'agit pas de frais de la masse, il faudrait préciser selon quels critères il se prononcera.

Qu'il s'agisse de frais de location ou d'autres frais exposés par le curateur, les frais de la masse sont taxés par le tribunal, au vu des justificatifs versés par le curateur

Le Conseil de l'Ordre ne voit dès lors pas pour quelle raison la location d'un dépôt devrait faire l'objet d'un régime spécial et propose de supprimer cet alinéa.

Il préconise au contraire que ces frais, lorsqu'ils ont été exposés dans une faillite sans actif ou à actif insuffisant, soient remboursés au curateur au moyen de la loi du 15 mars 1892 sur la procédure de débet en matière de faillite.

Article 86 (27) du projet de loi : article 492 du Code de commerce

Alinéa 1

Le Conseil de l'Ordre ne voit pas la nécessité d'assigner le failli pour assister à la signature de la transaction, qui de toute façon est signée sous la condition suspensive de son homologation par le tribunal. Si une convocation est quand même envisagée, une convocation par lettre recommandée suffit.

Alinéa 2

Il faudrait relever le montant de 7,44€ à 10.000€.

Alinéa 3

En ce qui concerne la procédure d'homologation elle-même, le Conseil de l'Ordre se rallie à la convocation du failli par voie d'assignation

Article 86 (31) du projet de loi : article 496 du Code de commerce

Le Conseil de l'Ordre ne voit pas d'utilité de convoquer les créanciers à une vérification ultérieure des créances.

La convocation du failli ou des dirigeants de la faillie, personne morale est prévue à l'article 500.

Si la créance est contestée, les créanciers seront informés de la contestation par lettre recommandée.

Alinéa 2

Il faudrait nuancer les termes « dans lesquelles le failli est défendeur ».

Il ne fait pas de sens de suspendre les procédures dans lesquelles le failli est demandeur.

Alinéa 4

L'article 507-1 prévoit en cas d'actif insuffisant, il ne sera procédé qu'à la première vérification des créances prévue au jugement déclaratif de faillite et qu'en cas de faillite dans laquelle aucun dividende ne sera versé aux créanciers chirographaires, il ne sera procédé à des vérifications additionnelles que pour autant qu'il s'agit de créances privilégiées.

Le curateur ne devrait dès lors être censé reprendre les procédures concernant des créances non-privilégiées que dans le cas de faillites dans lesquelles un dividende pourra être versé aux chirographaires et dans le cas de procédures présentant un intérêt pour la masse.

Il est dès lors proposé de supprimer cet alinéa 4.

Article 86 (33) du projet de loi : article 498 du Code de commerce

Le texte de l'article 498 devrait être conforme à l'article 41 du Règlement CE n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité qui définit la teneur d'une déclaration de créance, sous réserve de la réforme dudit règlement actuellement en cours.

Article 86 (35) du projet de loi : article 500 du Code de commerce

Au vu des développements de l'article 482, il y aurait lieu de prévoir que le failli puisse être convoqué par courrier simple ou par tout autre moyen de communication écrit tel que télécopie ou courriel.

Lorsque le failli est sans domicile ni résidence connus, la pratique suivie par les tribunaux est de le convoquer par voie de presse.

Article 86 (37) du projet de loi : article 502 du Code de commerce

Il est suggéré de supprimer l'alinéa 2 de l'article 502, alors qu'il risque d'être en contradiction avec l'article 504 modifié, qui prévoit que les débats sur les contestations ont uniquement lieu sur demande du créancier.

Article 86 (39) du projet de loi : article 504 du Code de commerce

Le Conseil de l'Ordre accueille favorablement l'idée que les débats sur les contestations des créances soient initiés par les créanciers. Il faudrait cependant enfermer cette procédure dans un délai et tirer des conséquences sur la non-observation de ce délai.

Le Conseil de l'Ordre préconise l'introduction de la demande par voie d'assignation plutôt que par voie de requête mettant à charge du greffe des devoirs supplémentaires.

L'alinéa 2 est dès lors à modifier comme suit :

"Dans les quarante jours de l'envoi de la lettre recommandée l'informant de la contestation de sa créance, le créancier devra assigner le(s) curateur(s) devant le tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale, aux fins de faire toiser la contestation. L'assignation doit contenir la motivation sur base de laquelle le créancier estime que sa créance doit être admise. Faute par lui de ce faire, la créance sera considérée comme rejetée du passif pour le montant contesté."

L'alinéa 3 est à modifier comme suit ;

"Au jour fixé pour les débats sur les contestations, le juge- commissaire fera son rapport (...)"

Article 86 (40) du projet de loi : article 507-1 du Code de commerce

Comme il faut dans tous les cas tenir compte des déclarations de créance des salariés, il est proposé d'amender l'alinéa 1 comme suit : « (...) le cas échéant à la vérification des créances des salariés ».

Article 86 (45) du projet de loi : article 533 du Code de commerce

Il faudrait prévoir que seuls les créanciers admis au passif soient convoqués par le curateur.

Concernant les modalités de convocation des créanciers, il est proposé de faire un renvoi aux dispositions de l'article 496.

Si le failli est sans domicile ni résidence connus, une convocation par exploit d'huissier devrait pouvoir être remplacée par une convocation par voie de presse, selon la pratique employée.

Article 89 du projet de loi : articles 13 et 14 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises

Le Conseil de l'Ordre note que l'article 13 de cette loi ferait toujours référence, en son point 4), aux jugements en matière de concordat. Une telle référence semble superfétatoire au vu de l'abrogation du chapitre relatif au concordat dans le livre III du Code de commerce ainsi que de la loi du 14 avril 1886 concernant le concordat préventif de la faillite.

Article 92 du projet de loi : article 167 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales

Le projet de loi entend introduire dans le droit des sociétés une interdiction, sous peine de sanctions pénales pour les gérants ou administrateurs, d'accorder des avances aux actionnaires, à moins que ces opérations n'entrent dans l'objet social, qu'elles ne constituent des opérations courantes et qu'elles ne soient conclues à des conditions normales, ces trois conditions étant cumulatives. Comme il est indiqué dans le commentaire des articles, l'exonération vise essentiellement les sociétés de financement de groupe mais mêmes pour celles-ci on peut penser qu'il y aurait un risque dans la mesure où les termes utilisés dans le projet de loi (opérations courantes, conditions normales) sont vagues et dès lors sujets à interprétation.

De façon plus générale, le Conseil de l'Ordre s'interroge sur l'opportunité d'une interdiction de principe des avances aux actionnaires. Elles ne sont pas par nature critiquables et peuvent s'avérer utiles en pratique par exemple pour faire remonter rapidement des fonds vers les actionnaires en anticipation d'un paiement de dividendes. Comme toutes les opérations d'une société, elles ne peuvent évidemment être effectuées que si les dirigeants, sous leur responsabilité civile, considèrent que leur société y a intérêt et qu'elles ne constituent pas un abus de biens sociaux, qui est un délit pénal. Le dispositif législatif existant semble donc suffisant pour garantir la bonne utilisation des avances aux actionnaires et sanctionner celles qui sont répréhensibles.

Le Conseil de l'Ordre suggère dès lors de supprimer le deuxième alinéa de l'article 167 de la loi sur les sociétés commerciales tel que proposé à l'article 92 du projet de loi.

Article 95 du projet de loi : § 109, alinéa 1^{er} de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (« *Abgabenordnung* »)

La modification proposée, la suppression du terme « schuldhafte » au paragraphe 109(1) de l'Abgabenordnung (AO), s'inscrit dans la même logique que d'autres dispositions du projet de loi qui visent à élargir le champ de la responsabilité des dirigeants et représentants de sociétés. Cependant, le projet de loi ici va encore plus loin puisqu'il est proposé de remplacer un régime de responsabilité de droit commun pour faute par le régime exceptionnel de la responsabilité de plein droit, donc sans faute. Jusqu'à présent, la jurisprudence considérait sur base du paragraphe 109(1) AO que la seule constatation d'un défaut matériel d'absence de comportement conforme à la loi fiscale ne suffisait pas à établir la responsabilité du dirigeant, qu'un tel défaut n'était donc pas en soi constitutif d'une faute. Il incombait au demandeur de démontrer le caractère fautif du comportement du représentant de la société. Si la modification proposée par les auteurs de projet de loi devait être adoptée, tout dirigeant qui aurait méconnu les obligations fiscales visées au paragraphe 109(1) AO

pourrait être tenu personnellement responsable de l'insuffisance de l'impôt payé par la société par rapport à l'impôt dû et condamné au paiement du moins-perçu, qu'il ait commis une faute ou non. Comme le Conseil de l'Ordre a déjà eu l'occasion de le relever dans le cadre du présent avis, cette sévérité envers les dirigeants d'entreprise dont fait preuve à certains égards le projet de loi paraît peu compatible avec l'objectif déclaré du Gouvernement de relancer l'entrepreneuriat au Luxembourg. Il est dès lors proposé de supprimer l'article 95 du projet de loi et de laisser le texte de la loi générale des impôts en l'état.

Nouvel article 96 – Modification de l'article 114 (2) de la loi concernant l'impôt sur le revenu

Il semble utile de prévoir le transfert des pertes rattachées à l'entreprise au repreneur. Le montant de la perte à transférer doit faire partie de l'accord entre le cédant et le cessionnaire, et ce montant doit être validé par le tribunal dans son ordonnance de transfert. Il s'agit d'une exception au principe que seul celui qui a subi une perte peut effectivement la déduire, et cette exception se justifie par la valeur économique de la perte fiscale, permettant au repreneur de se prévaloir des pertes de l'entreprise transférée et ainsi à augmenter les chances de réussite du transfert.

A cette fin, le Conseil de l'Ordre suggère d'ajouter le texte suivant parmi les dispositions modificatives à la fin du projet de loi:

« L'article 114 (2) 3., 1ère phrase, de la [loi sur l'impôt sur le revenu] est modifié comme suit : « seul celui qui a subi la perte peut l'apporter en déduction, sauf en cas de transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités, auquel cas le cessionnaire peut être autorisé à déduire la perte subie par l'entreprise transférée ».

Un point 4 pourrait être rajouté : *« en cas de transfert sous autorité de justice, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités, conformément à la loi, le cessionnaire est autorisé à déduire la perte subie par l'entreprise transférée, à condition que ceci soit confirmé par l'ordonnance du tribunal, ordonnant le transfert, conformément à l'article 54 (1) de la loi . »*

Il n'est pas nécessaire d'insérer d'autres dispositions fiscales quant au transfert sous autorité de justice de tout ou partie d'une entreprise, dans la mesure où les règles de droit commun doivent s'appliquer à un tel transfert, notamment en ce qui concerne le droit d'enregistrement et la TVA (transfert neutre de l'universalité totale ou partielle des biens à un autre assujetti).

Article 97

Il y aura lieu de supprimer la référence aux régimes (abrogés) de la gestion contrôlée et de concordat préventif (et à la fonction de commissaire en tant que syndic) dans le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

Les annexes A, B et C du Règlement devront être complétées, à l'instar du droit belge, par un renvoi aux procédures de la présente loi. En ce qui concerne le droit belge, sont notamment visés :

- à l'annexe A (procédures d'insolvabilité): la réorganisation judiciaire par accord collectif et la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice.

- à l'annexe B (procédures de liquidation), la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice.
- à l'annexe C (syndics) : le mandataire de justice

Luxembourg, le - 8 AOÛT 2013



René DIEDERICH
Bâtonnier