

Objet : Avant-projet de loi sur la gestion contrôlée (3366AFR)

Saisine : Ministre de la Justice

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Résumé

L'avant-projet de loi sous avis tend à réformer la procédure de la gestion contrôlée qui est actuellement régie par l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 sur le régime de la gestion contrôlée. Les objectifs de l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 précité, à savoir la réorganisation des affaires ou la bonne réalisation des actifs du débiteur en exécution d'un plan accepté par les créanciers et homologué par le tribunal, demeurerait toutefois inchangés.

Le texte actuel commande une réforme. Il est en effet très rare, sous l'empire de l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 précité, qu'une requête en gestion contrôlée aboutisse à l'exécution d'un plan de réorganisation des affaires ou d'un plan de réalisations des actifs du débiteur. La grande majorité des requêtes sont déclarées irrecevables parce que le stade des difficultés du débiteur ne correspond pas à celui posé par le texte précité, comme condition d'ouverture de la procédure. L'arrêté grand-ducal prévoit en effet à ce titre que le crédit doit être ébranlé ou l'exécution des engagements compromise. Les auteurs du projet de loi sous avis proposent d'étendre les conditions d'ouverture de la gestion contrôlée et cela en un double sens. Ils proposent de permettre l'ouverture à un stade situé plus en amont des difficultés du débiteur, lorsque le débiteur ne peut plus temporairement acquitter ses dettes ou si la continuité de l'exploitation est menacée par des difficultés pouvant conduire à la cessation des paiements. Il est d'autre part prévu que la procédure pourrait toujours être ouverte lorsque le débiteur est en cessation des paiements, mais qu'il existe des chances de rétablissement de sa situation. La Chambre de Commerce souscrit entièrement à l'extension du champ d'application de la procédure de gestion contrôlée proposée par les auteurs du texte sous avis. Elle souligne à ce titre que les chances de rétablissement d'une entreprise en difficultés sont accrues lorsque les difficultés sont traitées au stade le plus avancé possible. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Chambre de Commerce plaide pour l'institution en droit luxembourgeois d'un mécanisme de prévention des difficultés qui serait comparable au mandat ad hoc prévu par le droit français. Le mandat ad hoc se caractérise par sa souplesse et par la confidentialité de la procédure mise en place. Il a vocation à s'appliquer lorsque l'entreprise connaît des difficultés financières ou des crises ponctuelles, à condition que l'entreprise ne se trouve pas en état de cessation des paiements.

Les procédures de redressement qui connaissent le plus de succès sont celles qui mettent en balance les intérêts du débiteur en difficultés et ceux des créanciers. Il faut en effet inciter le débiteur à dévoiler sa situation en sollicitant la mise en oeuvre d'une procédure de prévention des difficultés ou de rétablissement de sa situation et il faut d'un autre côté préserver les intérêts des créanciers qui doivent en fin de compte accepter le plan de redressement ou de réalisation des actifs proposé. La Chambre de Commerce analyse le texte proposé à la lumière de cette considération. Elle approuve ainsi que le texte sous avis entend maintenir les pouvoirs de gestion du débiteur. Cette solution se distingue du texte actuel qui prévoit l'intervention systématique du juge délégué ou du commissaire aux côtés du débiteur. Les pouvoirs de gestion du débiteur se limiteraient toutefois aux actes de gestion courante. Les dispositions de l'avant-projet qui entendent étendre le bénéfice de l'arrêt des poursuites aux dirigeants qui se sont portés caution ou

garant en faveur de la société en difficultés poursuivent le but de pousser les dirigeants à solliciter l'ouverture d'une gestion contrôlée. La Chambre de Commerce adhère à cette proposition. Elle souscrit également à la disposition qui permet au juge d'attribuer la préparation du plan au débiteur, sous le contrôle du commissaire. Elle relève à ce titre que le droit américain accorde provisoirement au débiteur le droit exclusif de soumettre son propre plan. (La diversité des codes de faillite nationaux: une approche law and economics, Bertrand Chopard, CREDES, Université Droit Sciences Economiques, Nancy 2). Elle ne saurait toutefois, dans ce même ordre d'idées, accepter que le texte proposé ne prévoie pas que le débiteur devra être associé à l'élaboration du plan par le commissaire, dans l'hypothèse où le juge n'aurait pas confié l'élaboration du plan au débiteur. Elle ne saurait pareillement accepter que l'homologation du plan par le tribunal ne serait pas subordonnée à l'accord du plan par le débiteur. Elle craint que cette approche n'aie pour effet de dissuader le débiteur de solliciter l'ouverture d'une gestion contrôlée. Elle souligne à cet égard que les plans peuvent prévoir des mesures affligeantes et graves pour le débiteur telle la cession d'éléments d'actifs ou une restructuration fondamentale de l'entreprise du débiteur. La Chambre de Commerce estime enfin qu'il n'est que difficilement défendable que le débiteur puisse être placé d'office en gestion contrôlée. Le débiteur est en effet toujours maître de son affaire. Il ne faut par ailleurs ne pas perdre de vue que la procédure de gestion contrôlée est coûteuse pour le débiteur. Les droits des créanciers seraient d'un autre côté bien préservés par le texte proposé. Il est en effet posé qu'aucun créancier ne pourra subir un paiement moindre qu'en cas de faillite et que le plan ne devra pas porter atteinte aux rang des privilèges et des suretés grevant les biens du débiteur ainsi que les réserves et les transferts de propriété à titre de garantie. Le texte sous avis encourage finalement la continuation de l'exploitation de l'entreprise en cours de procédure, en prévoyant que les créances qui naissent des contrats continués seraient payées en cours de procédure et qu'elles échapperaient donc à la loi du concours. La Chambre de Commerce adhère à ces dispositions. Elle se demande néanmoins pourquoi les auteurs du texte sous avis n'ont pas établi des conditions relatives aux qualités des commissaires en posant notamment à l'instar de la loi belge sur le concordat judiciaire du 28 octobre 1997 que le commissaire devra présenter des qualités ou de l'expérience en matière de comptabilité et de gestion d'entreprise. Cette disposition serait de nature à rassurer tant les créanciers que le débiteur en difficultés.

L'avant projet de loi entend par ailleurs mettre en oeuvre un système d'alerte anti faillite. Il est ainsi prévu que le juge président la chambre du tribunal d'arrondissement qui siège en matière commerciale puisse solliciter la communication de l'état des dettes de tout commerçant lui semblant connaître des difficultés économiques ou financières auprès des administrations fiscales et auprès des organismes de sécurité sociale et sans que le secret puisse lui-être opposé. La Chambre de Commerce adhère à cette disposition quant au fond, elle s'interroge toutefois sur la compatibilité de ce pouvoir d'investigation qui serait exercé en dehors de toute saisine, avec les fonctions d'un juge. Elle propose à ce titre de prévoir l'institution d'une obligation d'informer les le Ministère public sur l'état des dettes ou des avances demeurées impayées qui incomberait au administrations créancières précitées, sinon de conférer le pouvoir d'investigation que le texte sous avis entend attribuer au juge président la chambre du tribunal d'arrondissement qui siège en matière commerciale, directement au Ministère public. La Chambre de Commerce relève à cet égard qu'il y a encore d'autres indicateurs et moyens qui pourraient servir de clignotants permettant d'attirer l'attention sur l'état de difficultés d'un commerçant. Il en serait ainsi notamment des informations que le Comité de conjoncture acquiert dans le cadre de ses missions qui lui incombent dans le cadre du Titre 1er du Livre V du Code du travail, et qui laissent présumer l'état de difficultés d'une entreprise. Ces informations concernent principalement les licenciements pour raisons économiques des entreprises occupant régulièrement quinze salariés. Elle estime par ailleurs que la mission des commissaires aux comptes devrait être repensée. Ils devraient être obligés d'attirer l'attention des dirigeants sur les difficultés de nature à compromettre l'avenir de l'entreprise, information qui devrait in fine, si les difficultés devaient persister, être continuées aux autorités judiciaires. L'application de l'article 495-1 du Code de commerce, devrait par ailleurs être étendue aux commissaires aux comptes. L'article 495-1 prévoit en cas d'insuffisance d'actif que les dettes de la société faillie pourront, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, être supportées par les dirigeants sociaux qui ont commis des fautes graves qui ont contribué à la

faillite. La Chambre de Commerce rappelle d'autre part le rôle important que la future centrale de bilans pourrait jouer en matière de prévention des faillites. Elle estime que tout devrait être mis en oeuvre pour la mise en oeuvre rapide de ce projet.

La Chambre de Commerce se prononce finalement en faveur de l'abolition du privilège du trésor et des organismes sociaux qui entrave le principe de l'égalité des créanciers et qui favorise une attitude insoucieuse du trésor et des organismes sociaux qui sûrs de leurs privilèges ne font pas diligence pour recouvrer leurs créances. En effet, leur intérêt à trouver des solutions de prévention des difficultés en amont du dépôt de bilan des entreprises débitrices est plutôt réduit voir nul. L'utilité pour maintenir ce privilège n'est donc plus donnée. Elle réitère une mesure de lutte anti-faillite qu'elle a eu l'occasion de faire valoir à maintes reprises et notamment à l'occasion du projet de loi 5157 portant des mesures ponctuelles en matière de faillite et de lutte contre les faillites organisées, et qui consisterait à permettre au contribuable dans le cadre de ses relations qu'il entretient avec les administrations fiscales, d'invoquer la compensation des créances et des dettes qu'il tient envers l'une ou l'autre des administrations fiscales, compensation qui ne saurait toutefois être appliquée dans le cadre d'une situation de concours entre créanciers, en ce qu'elle porterait, dans ce cas de figure, atteinte au principe de l'égalité des créanciers.

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le présent avant-projet de loi, sous réserve de la prise en considération des remarques et des propositions formulées dans le présent avis.

Appréciation du projet de loi:

Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	+
Impact financier sur les entreprises	+
Transposition de la directive	n. a.
Simplification administrative	n. a.
Impact sur les finances publiques	+

Légende :

++	très favorable
+	favorable
0	neutre
-	défavorable
--	très défavorable
n.a.	non applicable
n.d.	non disponible

Considérations générales

1. La mise en oeuvre d'un système d'alerte ant-faillite

L'avant projet de loi prévoit la mise en oeuvre d'un système d'alerte anti-faillite qui a pour objet de déterminer à temps les commerçants connaissant des difficultés afin de lutter contre les faillites à un stade où le rétablissement de la situation est encore possible, par la mise en oeuvre par l'ouverture d'une gestion contrôlée. L'avant-projet de loi entend ainsi attribuer au Président du Tribunal de Commerce un pouvoir d'investigation auprès des administrations fiscales et des organismes de sécurité sociale sur l'état des créances que ces administrations ont à l'égard d'un commerçant qui leur semble connaître des difficultés. La Chambre de Commerce quant au fond souscrit à cette collaboration entre créanciers publics et autorités judiciaires. Elle relève néanmoins, qu'il existe encore d'autres moyens pour déterminer l'état des difficultés financières d'un commerçant.

a. La collaboration entre le Comité de conjoncture et les autorités judiciaires

Le Comité de conjoncture acquiert dans le domaine de ses missions qui lui incombent dans le cadre du Titre 1er du Livre V du Code du travail, des informations qui laissent supposer qu'une entreprise connaît des difficultés économiques ou financières.

L'article 511-27 dispose ainsi que: *"L'employeur qui occupe régulièrement au moins quinze salariés, doit notifier au secrétariat du Comité de conjoncture tout licenciement pour des raisons non inhérentes à la personne du salarié au plus tard au moment de la notification du préavis de licenciement. (...)Le secrétariat dresse un relevé mensuel des notifications reçues et le soumet pour information et discussion aux membres du Comité de conjoncture, qui s'engagent au respect d'une obligation de discrétion à cet égard"*.

L'article 513-1 (1) du Code du travail dispose par ailleurs que *" Sur base du relevé prévu à l'article 511-27 le Comité de conjoncture, sur initiative de la présidence ou d'un de ses membres, peut inviter à tout moment, et au plus tard lorsqu'il constate cinq licenciements pour des raisons non inhérentes à la personne du salarié au cours d'une période de référence de trois mois ou huit licenciements pour des raisons non inhérentes à la personne du salarié au cours d'une période de référence de six mois au sein d'une même entreprise, les partenaires sociaux, aux niveaux appropriés, à entamer des discussions en vue de l'établissement d'un plan de maintien dans l'emploi au sens de l'article 513-3"* Cet article prévoit par ailleurs que le Comité de conjoncture pourra demander à son secrétariat de procéder à un examen approfondi de la situation économique, financière et sociale de l'entreprise afin de déterminer l'opportunité de l'établissement d'un plan de maintien dans l'emploi. L'examen pourra être confié à des experts. Les conclusions de l'examen sont adressées au Comité de conjoncture.

La Chambre de Commerce souligne que ces informations relatives aux licenciements pour des raisons économiques, ainsi que l'examen précité, sollicité par le Comité de conjoncture portant sur la situation économique, financière et sociale d'une entreprise constituent de précieuses informations en matière de lutte anti-faillite qui pourraient constituer des clignotants signalant qu'une entreprise est en difficultés et qui devraient à ce titre être continuées aux autorités judiciaires dans le cadre des objectifs poursuivis par l'avant-projet de loi sous avis.

b. Le rôle des commissaires aux comptes

Les articles 60 et 61 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales attribuent un rôle de surveillance aux commissaires aux comptes. Ils ont un *droit* de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la société. Il *peuvent* à ce titre inspecter la comptabilité, ainsi que la correspondance, les contrats conclus, les procès-verbaux du conseil d'administration

etc. L'article 72 prévoit par ailleurs que sur base du rapport et des pièces qui leur sont remis un mois avant l'assemblée générale ordinaire par l'administration, les commissaires établissent un rapport contenant leur propositions.

La Chambre de Commerce relève de prime abord que l'obligation de surveillance et le devoir de contrôle devraient être soulignés davantage par les textes précités.

A l'image du droit français, il faudrait par ailleurs prévoir que les commissaires aux comptes auraient l'obligation d'informer le conseil d'administration des difficultés de nature à compromettre la santé économique et financière de l'entreprise. Le conseil d'administration devrait dans un bref délai délibérer sur les problèmes qui lui ont été exposés et en adresser un rapport aux commissaires. Dans l'hypothèse où les difficultés persisteraient, les commissaires aux comptes devraient établir un rapport sur la situation qui serait soumis aux actionnaires de la société. L'ultime démarche que les commissaires auraient l'obligation d'entreprendre si la viabilité de la société persistait d'être compromise, serait de porter l'information au tribunal de commerce.

La Chambre de Commerce suggère par ailleurs d'étendre l'application de l'article 495-1 du Code de commerce luxembourgeois aux commissaires aux comptes. Cet article dispose que *“Lorsque la faillite fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du curateur, que les dettes doivent être supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait apparents ou occultes, rémunérés ou non, à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite.”*

Il faudrait par ailleurs poser des conditions minimales concernant les connaissances comptables des commissaires aux comptes.

c. L'institution d'une centrale des bilans

La Chambre de Commerce voudrait attirer l'attention des auteurs de l'avant-projet de loi sous avis sur le projet d'instituer une centrale des bilans auprès du Service central de la statistique et des études économiques (STATEC) qui est prévu par la loi du 19 décembre 2002 *concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels*. Il y a lieu de préciser que la centrale des bilans n'est pas encore en place à l'heure actuelle. Il est envisagé que *la centrale des bilans pourrait jouer un rôle important en matière de prévention des faillites, procurant des données utiles pour détecter les entreprises présentant une probabilité d'insolvabilité élevée (.....) La centrale des bilans deviendrait le point de sortie unique des informations structurées sur les comptes annuels. Elle se chargera de centraliser et d'informatiser l'ensemble des données financières couvrant la vie des entreprises.* (en ce sens statnews n°30-2005 du 16 juin 2005). La Chambre de Commerce souligne le rôle important que la centrale des bilans pourrait jouer en matière de prévention des faillites. Elle estime que tous les moyens devraient être mis en jeu pour la mise en oeuvre rapide de ce projet.

2. L'abolition du privilège du trésor et des organismes sociaux

La Chambre de Commerce souligne que les privilèges du trésor et des organismes sociaux entravent le principe de l'égalité des créanciers. La Chambre de Commerce se prononce en conséquence en faveur de l'abolition des privilèges du trésor et des organismes sociaux à l'instar de ce qui existe en droit allemand et en droit anglais, et de considérer l'Etat comme un simple créancier. Les administrations auraient davantage intérêt à sauver les entreprises en mettant en place des solutions de prévention et de sauvegarde en amont de la cessation de paiement des entreprises débitrices. En effet, ces administrations sont les mieux placées pour pressentir les difficultés et pour anticiper une évolution menant trop souvent à la faillite des entreprises concernées. Cette situation serait d'autre part plus équitable pour les autres créanciers d'une entreprise en difficultés. Elle encouragerait certainement davantage les établissements financiers à mettre à disposition des liquidités supplémentaires à une entreprise en difficultés, notamment dans le cadre d'un plan de redressement tel qu'envisagé par l'avant-projet de loi sous avis.

3. La compensation entre les créances et les dettes fiscales

La Chambre de Commerce réitère une mesure de lutte contre les faillites qu'elle avait déjà proposée à l'occasion de ses avis sur le projet de loi n°5157 portant des mesures ponctuelles en matière de faillites et de lutte contre les faillites organisées ainsi que sur le projet de loi n°5757 ayant pour objet la coopération interadministrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des Contributions Directes, de l'Enregistrement et des Domaines et de l'Administration de Douanes et des Assises et qui consisterait à permettre au contribuable dans le cadre de ses relations qu'il entretient avec les administrations fiscales d'invoquer la compensation des créances qu'il tient envers l'une ou l'autre des administrations fiscales.

Il a lieu de relever que l'article 334 de la loi programme belge du 27 décembre 2004 prévoit une telle compensation entre dettes et créances fiscales. Ce texte dispose en effet que *“Toute somme à restituer ou à payer à un redevable dans le cadre de l'application des dispositions légales en matière d'impôts sur les revenus et de taxes y assimilées, de taxe sur la valeur ajoutée ou en vertu des règles du droit civil relatives à la répétition de l'indu peut être affectée sans formalités par le fonctionnaire compétent au paiement des précomptes, des impôts sur les revenus, des taxes y assimilées, de la taxe sur la valeur ajoutée, en principal, additionnels et accroissements, des amendes administratives ou fiscales, des intérêts et des frais dus par ce redevable, lorsque ces derniers ne sont pas ou plus contestés.*

L'alinéa précédent reste applicable en cas de saisie, de cession, de situation de concours ou de procédure d'insolvabilité.”

La Chambre de Commerce ne saurait toutefois adhérer au dernier alinéa du texte belge précité qui précise que la compensation s'applique également en situation de concours ainsi qu'en procédure d'insolvabilité. Elle souligne que cette compensation entre dettes et créances qui ne sont pas connexes, si elle avait lieu dans le cadre d'une situation de concours telle qu'elle existe en matière de faillite, en matière de gestion contrôlée et en matière de liquidation judiciaire, permettrait aux administrations fiscales de passer outre à une situation de concours et porterait atteinte au principe de l'égalité des créanciers.

La Chambre de Commerce qui se prononce en faveur de l'abolition du privilège du trésor en ce qu'il porte atteinte au principe de l'égalité des créanciers, ne saurait dans ce même ordre d'idées accepter l'introduction d'une compensation entre dettes et créances fiscales dans le cadre d'une procédure collective.

4. Institution en droit luxembourgeois d'un mécanisme de mandat ad hoc à l'instar du droit français

La procédure du mandat ad hoc qui est prévue à l'article L611-3 du code de commerce français s'applique au stade le plus en amont des difficultés d'une entreprise. Le mandat ad hoc se caractérise par sa souplesse et sa confidentialité. L'entreprise doit sur base d'une requête motivée solliciter la mise en oeuvre de la procédure du mandat ad hoc auprès du tribunal de commerce. Le tribunal s'il accepte la requête, nommera un mandataire ad hoc. Il fixera l'étendue de la mission du mandataire, la durée de sa mission ainsi que sa rémunération. L'entreprise ne devra toutefois ne pas être en cessation de paiements. La mission du mandataire consiste normalement à négocier l'échelonnement des dettes du débiteur par la signature d'accords contractuels avec les créanciers de l'entreprise. Le problème ne devra toutefois ne pas être purement financier. Les problèmes à l'origine de la procédure pourront également consister en des problèmes avec un fournisseur ou un contentieux qui à terme risquent de compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise. Ce mécanisme connaît un véritable succès en France. Au cours de l'année 2006 le recours à ce mécanisme de prévention a connu une augmentation de 30 %. (L'entreprise en difficulté, étude Altares et Deloitte Finance)

Commentaire des articles

Concernant l'article 1er

Le premier article de l'avant-projet de loi sous avis précise les objectifs de la procédure de gestion contrôlée. Ces objectifs ne diffèrent pas des objectifs que se fixe le régime actuel de la gestion contrôlée. La procédure actuelle de la gestion contrôlée est déterminée par l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 précité. Les deux textes retiennent en effet que la procédure de gestion contrôlée a pour finalité la réorganisation des affaires ou la bonne réalisation de leur actif. La Chambre de Commerce constate que le texte vise spécialement la société civile à forme commerciale, telle qu'elle est visée par l'article 3 de la loi sur les sociétés commerciales. La Chambre de Commerce souscrit à cette indication qui aura pour effet d'éviter toute discussion concernant le champ d'application du texte sous avis. Cet article ne soulève pas d'autres observations.

Concernant l'article 2

L'arrêté grand-ducal précité du 24 mai 1935 permet au seul débiteur de solliciter la mise en œuvre d'une procédure de gestion contrôlée. L'avant-projet de loi sous avis innove en ce point en ce qu'il entend attribuer au magistrat qui préside la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale ainsi qu'au Ministère public le droit d'initier la procédure de gestion contrôlée. L'article 2 sous avis attribue à cet effet au magistrat le droit de solliciter la communication de l'état des dettes *de tout commerçant lui paraissant connaître des difficultés économiques ou financières auprès des administrations fiscales et les organismes de sécurité sociale et sans que le secret puisse lui être opposé*. La Chambre de Commerce salue cette approche qui va dans le sens des revendications qu'elle avait émises dans son avis sur le projet de loi portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées (Documents parlementaires n°5157-5). La Chambre de Commerce avait en effet proposé dans son avis précité du 5 novembre 2003 « *d'obliger les différentes administrations de l'Etat de coopérer en temps utile avec les autorités judiciaires en cas d'accumulation des dettes de la part des entreprises.* » Elle avait par ailleurs réitéré cette proposition à l'occasion de son avis sur le projet de loi n°5757 ayant pour objet la coopération inter-administrative et judiciaire et le renforcement des moyens de l'Administration des Contributions Directes, de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines et de l'Administration des Douanes et des Accises, (Document parlementaire n°5757-5 du 14 avril 2008, page 5).

Relativement à la mesure proposée par les auteurs de l'avant-projet de loi sous avis, la Chambre de Commerce se demande toutefois si le pouvoir d'investigation qui serait attribué en dehors de toute saisine au magistrat président de la chambre siégeant en matière commerciale est compatible avec les fonctions d'un juge. Elle relève notamment à ce titre que *les juges ne sauraient intervenir d'office mais seulement lorsqu'il sont saisis d'une affaire par un particulier, par une personne juridique ou par le Ministère public*. (En ce sens Pierre Majerus, page 195, l'Etat luxembourgeois, manuel de droit constitutionnel et de droit administratif). La procédure judiciaire civile est en principe accusatoire, ce qui signifie que la direction du procès se trouve entre les mains des parties. « *Le juge garde un rôle neutre et passif. Il se borne à trancher l'affaire selon l'état des faits qui sont exposés devant lui : Ne procedat iudex ex officio;.....Il n'appartient pas aux autorités d'intervenir d'office.* » (En ce sens, Introduction à la science du droit, Pierre Pescatore, page 374) .

Afin de pallier ces problèmes, la Chambre de Commerce propose l'institution d'une obligation d'informer le Ministère public sur l'état des dettes ou des avances demeurées impayées qui incomberait aux administrations créancières, sinon de conférer un pouvoir d'investigation auprès des dites administrations précitées directement au Ministère public.

La Chambre de Commerce souligne que des raisons pragmatiques plaident en faveur d'une obligation d'informer les autorités judiciaires qui incomberait aux administrations fiscales ainsi qu'aux organismes de sécurité sociale. Elle relève à ce titre que la procédure de gestion contrôlée, afin d'être efficiente, devra nécessairement être commencée au stade le plus avancé possible des difficultés financières et économiques du débiteur concerné. La promptitude de l'investigation dudit magistrat telle qu'elle est proposée par l'article 2 sous avis, dépendra en effet de plusieurs paramètres plus ou moins aléatoires dont notamment la réaction ou le zèle du magistrat président de la chambre siégeant en matière commerciale, le degré de publicité de la mauvaise situation financière du débiteur qui dépend par ailleurs de la réaction ou de la manière d'agir des créanciers demeurés impayés et de manière générale de l'organisation des affaires du débiteur.

Concernant l'article 3

Cet article permettrait au président de la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale de demander à tout commerçant qui lui paraît connaître des difficultés juridiques de venir s'expliquer en Chambre du conseil, en présence du Ministère public, sur sa capacité d'acquitter ses dettes, sur l'absence d'ébranlement de son crédit et sur l'état de ses affaires.

L'article prévoit par ailleurs que le débiteur pourra se faire accompagner d'une personne de son choix.

Le commentaire de la disposition sous avis précise que *"l'audition est à tous égards facultative de sorte que le débiteur qui ne s'y présente pas n'encourt aucune sanction directe"*. Il y est par ailleurs spécifié que *"Dans l'hypothèse où le caractère préoccupant de la situation serait avéré et selon sa gravité, le Président peut attirer l'attention du débiteur sur l'obligation d'avouer la cessation des paiements et sur le risque d'ouverture d'office d'une faillite ou d'une gestion contrôlée à l'initiative du tribunal ou, dans le dernier cas, du parquet. Il peut aussi l'informer de l'intérêt pour le débiteur de solliciter lui-même l'ouverture d'une gestion contrôlée, spécialement dans la perspective de la réorganisation de ses affaires"*. Sous réserve de ses remarques concernant l'article 7 sous avis, relatives à l'ouverture d'une gestion collective d'office, la Chambre de Commerce estime que ces précisions devraient être intégrées à l'article 3 sous avis et que le Président devrait par ailleurs avoir l'obligation d'attirer l'attention du débiteur sur lesdits risques auxquels ils s'expose et aux démarches qu'il serait dans son intérêt d'entreprendre.

Concernant l'article 4

Cet article a trait aux critères d'ouverture de la gestion contrôlée. Les critères d'ouverture proposés sont élargis et cela en un double sens. (Le texte actuel prévoit que le crédit doit être ébranlé ou l'exécution intégrale des engagements compromise.)

1. L'ouverture serait ainsi possible à un stade moins avancé des difficultés, à savoir, dès que le commerçant *ne peut plus temporairement acquitter ses dettes ou si la continuation de son exploitation est menacée par des difficultés pouvant conduire à la cessation des paiements.* (art. 4)
2. L'ouverture demeurerait par ailleurs possible à un stade plus avancé des difficultés, à savoir, lorsque les difficultés ont déjà conduit à la cessation des paiements.

La Chambre de Commerce souscrit à ces propositions. Les meilleures chances de réussite d'une procédure de gestion contrôlée existent en effet lorsque la procédure est engagée en amont des difficultés de l'entreprise. Il existe d'autre part des situations telles que les relèvent les auteurs de l'avant-projet de loi sous avis où *« les conditions de la cessation des paiements sont déjà réalisées alors même que le débiteur ne se trouve pas nécessairement dans une situation*

désespérée et que la gestion contrôlée peut favoriser au profit de tous, la bonne réalisation de l'actif, voire la réorganisation des affaires. »

La disposition sous avis précise par ailleurs que la demande d'ouverture d'une procédure de gestion contrôlée ne sera pas recevable lorsque le débiteur a été déclaré en faillite ou lorsqu'il se trouve déjà soumis à une procédure de gestion contrôlée.

La Chambre de Commerce se demande par ailleurs s'il ne fallait pas prévoir à l'image de l'article 12 de la loi belge sur le concordat judiciaire que *"le débiteur ne peut être déclaré en faillite, tant que le tribunal n'a pas statué sur la demande en gestion contrôlée"*.

Concernant l'article 5

Cet article a pour objet de déterminer le tribunal compétent en matière de gestion contrôlée. Il reprend le principe énoncé à l'article 3 du règlement communautaire 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité suivant lequel *« Les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel est situé le centre des principaux intérêts du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité »*. Cette disposition n'appelle pas d'observations.

Concernant l'article 6

Cet article a trait à la saisine du tribunal par le débiteur. Il est prévu que le débiteur peut solliciter la gestion contrôlée en adressant une requête motivée au tribunal. L'article sous avis dispose de manière cohérente avec les disposition d'un code de commerce qui valent en matière de faillite que *« si elles sont en cessation de paiements, les personnes visées par l'article 440 du code de commerce doivent joindre à leur requête l'aveu de celle-ci dans le délai prescrit par l'article précité et accompagné des documents prescrits par l'article 441 du même code. L'absence d'aveu du débiteur ou son insuffisance seront sanctionnées selon les dispositions de l'article 574 paragraphe 4 du code de commerce »*.

La Chambre de Commerce adhère à ces propositions. Elle estime toutefois que la disposition sous avis devra préciser ce qu'il faut entendre par *« une requête motivée »*. Elle est notamment d'avis que la disposition devra énumérer les pièces que le débiteur devra joindre à sa requête. Les auteurs de l'avant-projet de loi énumèrent à titre indicatif les pièces à joindre à la requête dans le commentaire de l'article sous avis. L'énumération des pièces dans le commentaire des articles se rapproche de celle prévue à l'article 11 de la loi belge précitée sur le concordat judiciaire. L'article 11 précité prévoit toutefois que *« Le débiteur joint à sa requête les propositions qu'il formule (...) »*. La Chambre de Commerce adhère à cette approche. Elle estime en effet que cette disposition favoriserait l'initiative du débiteur de solliciter l'ouverture d'une gestion contrôlée. Elle est d'avis qu'il devrait être tenu compte des propositions du débiteur qui demeure toujours maître de son affaire.

Concernant l'article 7

L'article 7 sous avis dispose que *« Le débiteur peut être placé en gestion contrôlée d'office par le tribunal ou sur requête du Ministère public par le tribunal du domicile du débiteur ou du centre de ses intérêts principaux »* Le tribunal devra toutefois avoir préalablement convoqué le débiteur en chambre du conseil pour l'entendre sur sa situation.

La Chambre de Commerce est en tout état de cause d'avis que la loi devrait établir un bref délai, qui ne saurait être dépassé, entre la comparution du débiteur en chambre du conseil et la décision du tribunal de placer le débiteur en gestion contrôlée et cela eu égard à l'urgence et à l'évolution de la situation du débiteur qui risque d'être très rapide.

La Chambre de Commerce réitère son observation suivant laquelle la procédure judiciaire civile est en principe accusatoire ce qui signifie qu'il n'appartient pas au juge d'intervenir d'office. Il

est certes vrai que l'article 442 du code de commerce prévoit que la faillite peut être déclarée d'office, mais la situation est d'un autre ordre. En matière de faillite, les intérêts de la collectivité sont en cause, l'ordre public est atteint. Il faut réagir afin de préserver ces intérêts. Lorsque le débiteur se trouve à un degré de difficultés plus précoce qui répond aux critères d'ouverture de la procédure de gestion contrôlée et notamment lorsqu'il *“ne peut plus temporairement acquitter ses dettes ou si la continuation de son exploitation est menacée par des difficultés pouvant conduire à la cessation des paiements”*, l'ordre public n'est pas encore touché. Il faut par ailleurs relever que *« Le droit commercial tout comme le droit civil, est un droit libéral qui laisse aux individus une large liberté pour ordonner selon leur vouloir la sphère de leurs intérêts personnels et patrimoniaux, droit qui est d'ailleurs dominé par le principe de la liberté de commerce »* (En ce sens Pierre Pescatore pages 19 et 20 in Introduction à la science du droit). Si la Chambre de Commerce admet que le tribunal doit prendre l'initiative de pousser le débiteur à accepter l'ouverture d'une procédure de gestion contrôlée, elle estime toutefois que le tribunal ne saurait passer outre l'accord du débiteur concerné qui demeure toujours maître de son entreprise.

Elle relève par ailleurs à ce titre que le projet de loi prévoit que les frais de la gestion contrôlée incombent au débiteur et qu'il est de ce seul fait difficilement acceptable que l'avis du débiteur ne soit pas sollicité. A cela s'ajoute que le projet de loi ne subordonne pas l'homologation du plan élaboré par le commissaire à l'accord du débiteur (article 33 alinéa 1). Cette situation combinée à la disposition sous avis pourrait déboucher sur la situation choquante où un débiteur serait placé d'office en gestion contrôlée et que cette gestion contrôlée se solderait par la cession d'éléments d'actifs que le débiteur n'aurait jamais acceptée. Cette situation serait alors comparable à une expropriation forcée.

Concernant l'article 8

Cet article a trait à la convocation et à l'examen de la situation du débiteur eu égard à l'ouverture d'une gestion contrôlée ou le cas échéant d'une faillite en chambre du conseil. Il n'appelle pas d'observations particulières.

Concernant l'article 9

Cette disposition prévoit que le juge devra refuser la gestion contrôlée lorsque les conditions précitées de l'article 4 sous avis ne sont pas remplies. Elle autorise par ailleurs le juge à rejeter la gestion contrôlée lorsque selon une appréciation de pure opportunité, il lui paraît trop improbable que la procédure puisse aboutir et permettre l'adoption d'un plan. Lorsque les conditions de la faillite sont réunies il pourra prononcer la faillite dans le même jugement. La Chambre de Commerce souscrit à cette disposition qui aura pour effet de favoriser une mise en oeuvre rapide et efficace des procédures collectives.

Concernant l'article 10

L'article 10 dispose que *“Lorsque les conditions de la gestion contrôlée sont remplies, le patrimoine du débiteur est placé sous le contrôle d'un ou de plusieurs commissaires”*. La Chambre de Commerce relève que l'article sous avis ne pose pas de conditions relativement aux qualités et aux capacités du ou des commissaires. Elle se permet d'attirer l'attention sur l'article 19 de la loi belge précitée sur le concordat judiciaire qui dispose en son deuxième alinéa que *“Le commissaire au sursis doit offrir des garanties d'indépendance et d'impartialité. Il doit avoir de l'expérience en matière de gestion d'entreprise et de comptabilité. Il doit également être tenu par un code de déontologie et sa responsabilité doit être couverte par une assurance. (...)”* La Chambre de Commerce se prononce en faveur de l'introduction d'une disposition identique en droit luxembourgeois. Cette disposition aurait en effet pour résultat de rassurer les créanciers du débiteur en difficultés et le débiteur lui-même qui opérerait plus facilement pour la voie de la procédure de gestion contrôlée. Elle estime par ailleurs, conformément à ce que prévoit l'article 19 de la loi belge précitée, que les honoraires des commissaires devraient être déterminés par le

tribunal de commerce sur base d'un barème établi par un règlement grand-ducal, à l'instar de ceux payés aux curateurs.

L'avant-projet de loi prévoit par ailleurs des mesures de publicité de la procédure de gestion contrôlée à l'égard des tiers. Le jugement prononçant l'ouverture de la gestion contrôlée serait ainsi publiée par extraits dans deux journaux et mentionnée au registre du commerce. Cette publicité concernerait le délai de déclaration de créances, la nomination des commissaires, les pouvoirs du débiteur. Il est par ailleurs prévu que le débiteur ferait suivre son nom, sa raison sociale ou sa dénomination sociale, dans tout document commercial et contractuel de la mention, *“en gestion contrôlée, jugement du tribunal d'arrondissement de ... du ...”* La Chambre de Commerce adhère à ces propositions qui peuvent à première vue en raison du défaut de confidentialité de l'état des difficultés du débiteur paraître défavorables au rétablissement économique, financier et commercial du débiteur concerné. Ces mentions paraissent toutefois inévitables et cela pour plusieurs raisons. Les informations doivent atteindre les créanciers afin que ces derniers déclarent leurs créances. Il serait par ailleurs trompeur de ne pas préciser le statut du débiteur sur les documents commerciaux et contractuels du débiteur. Les tiers qui contractent avec le débiteur placé en gestion contrôlée doivent le faire en connaissance de la situation du débiteur et cela pour des raisons évidentes de sécurité juridique, mais également pour des raisons tenant à la validité du consentement des tiers contractants qui doivent en application des articles 1108 et suivants du code civil donner leur consentement de manière libre et éclairée.

L'article sous avis limite la gestion contrôlée à une période de 6 mois, qui pourra être prorogée par le tribunal à la demande du commissaire. La Chambre de Commerce se rallie à cette disposition qui permettrait d'accélérer la procédure. Elle relève à ce titre que le texte actuel ne prévoit aucune limitation de durée de la procédure de gestion contrôlée.

Concernant l'article 11

Cette disposition a trait à la nomination d'un juge délégué. Le premier alinéa de l'article sous avis dispose ainsi que *“ Si le tribunal, qui sans rejeter la gestion contrôlée, s'estime insuffisamment informé pour nommer un commissaire, il délègue l'un de ses juges pour lui faire rapport sur la situation du débiteur dans le délai qu'il fixe et qu'il peut, en cas de besoin proroger.”*

La nomination d'un juge délégué est déjà prévue par le texte actuel. Il y a toutefois lieu de préciser à ce titre que l'arrêté grand-ducal précité du 24 mai 1935 ne permet pas au tribunal de prononcer immédiatement la gestion contrôlée en nommant un ou plusieurs commissaires conformément à ce que prévoit l'article 10 de l'avant-projet de loi sous avis. Cette disposition n'appelle pas d'observation.

L'article sous avis prévoit par ailleurs des mesures de publicité identiques à celles prévues par l'article précédent. La Chambre de Commerce estime que ces mesures de publicité sont inévitables pour des raisons de sécurité juridique et notamment eu égard au fait que les pouvoirs du débiteur sont limités dès l'ouverture de la nomination d'un juge délégué.

Concernant les articles 12 à 15

Ces articles ne donnent pas lieu à des observations particulières.

Concernant l'article 16

L'article 16 de l'avant-projet de loi sous avis a trait à l'arrêt des inscriptions des procédures d'exécution et du cours des intérêts par le jugement nommant un juge délégué ou un commissaire. Ce principe est également prévu par le texte actuel même s'il y est énoncé de manière plus succincte c'est-à-dire de manière moins descriptive.

L'article prévoit que le sursis est applicable à tous les créanciers et qu'il ne profite pas aux codébiteurs, ni aux cautions ou garants à l'exception des codébiteurs, cautions ou garants lorsqu'il s'agit de personnes physiques qui ont agi à titre gratuit.

Cette disposition appelle deux remarques.

La Chambre de Commerce estime en premier lieu que le sursis à exécution devrait dans tous les cas profiter à la caution simple qui a toujours le bénéfice de discussion.

Le commentaire des articles explique par ailleurs qu’*afin d’inciter les dirigeants à solliciter pour la personne morale le bénéfice de la gestion contrôlée, la suspension des poursuites est étendue aux cautions et garants personnes physiques ayant agi à titre gratuit*. La Chambre de Commerce se demande pourquoi les auteurs de l’avant-projet de loi n’ont pas clairement désigné ces personnes dans le texte. Il existe en effet des situations où une personne physique se porte à titre gratuit caution en faveur d’une personne morale sans être dirigeant de la société. Ce sera le cas d’un salarié qui se porte caution en faveur de son employeur par crainte de perdre son emploi, ou d’un ancien dirigeant qui du temps de son mandat s’est porté caution en faveur de la société mandante mais qui n’est plus mandataire au moment de la mise en gestion contrôlée de ladite société. Les auteurs expliquent par ailleurs que les personnes morales sont exclues du bénéfice de cette disposition *pour éviter que cette dérogation ne profite aux garants professionnels (établissements de crédit) ainsi qu’aux entités d’un groupe de sociétés*. Si la Chambre de Commerce peut se déclarer d’accord avec ce principe, elle se demande toutefois pourquoi les auteurs n’ont pas clairement précisé *cette dérogation à la dérogation* dans le texte de l’article sous avis.

Concernant l’article 17

Cet article concerne les pouvoirs de gestion du débiteur. Il pose le principe que le débiteur effectue seul et sans autorisation les actes qui relèvent de la gestion courante. Cette disposition se distingue de la procédure actuelle qui prévoit (articles 3 et 5 de l’arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 précité) l’intervention systématique du juge délégué ou du commissaire au côté du débiteur). La Chambre de Commerce adhère à cette disposition pour les raisons invoquées par les auteurs dans le commentaire de l’article sous avis. Elle ajoute par ailleurs que cette disposition aura pour effet d’inciter le débiteur à solliciter le bénéfice de la gestion contrôlée.

Le tribunal peut toutefois à tout moment, d’office ou à la demande de tout intéressé restreindre ou écarter les pouvoirs de gestion courante du débiteur. Cette disposition n’appelle pas de remarques.

Les actes ne relevant pas de la gestion courante y compris la constitution de sûretés réelles seraient subordonnés à l’autorisation écrite du commissaire ou du juge délégué.

Concernant l’article 18

Cet article concerne les paiements que le débiteur doit effectuer en cours de procédure. Le débiteur a ainsi l’obligation de payer les frais de justice et les dettes régulièrement contractées depuis le jugement nommant un juge délégué ou un commissaire ainsi que les dettes résultant de la continuation des contrats en cours. Les créanciers concernés conservent leurs droits de poursuite par dérogation aux principes posés par l’article 16 précité. Le texte actuel ne prévoit pas de disposition en ce sens. La Chambre de Commerce souscrit entièrement à cette disposition qu’elle estime indispensable à la mise en oeuvre de la procédure. Il faut en effet gagner la confiance des fournisseurs et des autres contractants pour assurer la continuation de l’entreprise. Cette disposition offre à cet égard les garanties suffisantes. Il est d’autre part prévu que *le paiement des autres dettes est interdit sauf par compensation en cas de connexité naturelle*. Cette disposition est la consécration d’une solution jurisprudentielle suivant laquelle: *“La compensation légale est possible tant en cas de faillite qu’en matière de gestion contrôlée lorsque les deux dettes sont liquides et exigibles avant le jugement déclaratif ou encore si les deux obligations à compenser sont connexes c’est à dire si les deux obligations réciproques découlent*

de la même source. Si par contre la source des obligations réciproques sont des contrats distincts la compensation n'est pas possible. (*Banco Ambrosiano S.A. c./Union de Banques Suisses, T. Luxbg 01.07.1983 et Banco Ambrosiano S.A. c./ Banco di Napoli International*). La Chambre de Commerce marque son accord à cette disposition. L'article sous avis dispose par ailleurs que "le débiteur doit payer (...) sur autorisation du juge délégué ou du commissaire les dettes dont le paiement est justifié par l'intérêt de l'ensemble des créanciers". Cette disposition trouve l'accord de la Chambre de Commerce qui n'a pas de remarques à formuler.

Concernant l'article 19

Cet article a trait aux contrats en cours. La Chambre de Commerce adhère à la disposition prévue au premier alinéa de l'article sous avis aux termes de laquelle "les clauses prévoyant la déchéance d'un terme consenti au débiteur ou la résiliation ou résolution des contrats par lui conclus en raison de l'ouverture d'une procédure de gestion contrôlée ou de la demande d'ouverture d'une telle procédure sont privées d'effet tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard de ses cautions". Des clauses de ce type pourraient en effet avoir pour effet de compromettre la continuation de l'exploitation de l'entreprise au cours de la procédure.

Le deuxième alinéa dispose que : "Le débiteur ou le commissaire peuvent exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la contrepartie promise au cocontractant au titre des prestations postérieures au jugement nommant un juge délégué ou un commissaire. Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré toute inexécution antérieure du débiteur et ne peut engager ou poursuivre une action en résiliation fondée sur une telle inexécution". La Chambre de Commerce peut accepter cette disposition quelque peu autoritaire, concernant l'exigence de l'exécution des contrats en cours qui serait compensée par la fourniture de la partie promise au contrat, parce que cette exigence d'exécuter les contrats en cours est compensée par la fourniture de la contrepartie promise au contrat. Elle se demande toutefois si les inexécutions antérieures que le débiteur ne peut invoquer pour échapper à cette obligation concernent uniquement les obligations inexécutées antérieurement à la procédure ou si ces inexécutions incluent également les inexécutions du débiteur postérieures à la procédure et trouvant leur origine dans les contrats continués. La Chambre de Commerce ne saurait accepter que les cocontractants soient obligés de continuer l'exécution des contrats alors que le débiteur ne fournit pas la contrepartie promise postérieurement à la nomination d'un juge délégué ou d'un commissaire. Cette interprétation de la disposition sous avis aurait pour effet d'anéantir le principe et les objectifs de l'article 18 précité.

Concernant l'article 20 à 27

La Chambre de Commerce souscrit à ces dispositions qui n'appellent pas de remarques.

Concernant l'article 28

L'article 28 sous avis a trait à la déclaration des créances. Le texte actuellement en vigueur ne régleme nte pas la déclaration des créances. Il y a lieu de souligner que l'admission des créanciers au vote du plan est subordonnée à la déclaration des créances. La Chambre de Commerce marque son accord à cette disposition.

Le deuxième alinéa de l'article 28 sous avis dispose que "A défaut de déclaration dans ce délai, les créanciers ne participent pas au vote du plan. Ils conservent tant que leur créance n'est pas prescrite, le droit d'agir en admission. Toutefois, lorsqu'un plan est adopté et tant qu'il n'est pas résolu, l'admission ne vaut que pour les distributions postérieures à la déclaration, et a proportion seulement de la fraction de leur créances qui n'aurait pas encore été payée et si elle avait été payée endéans ce délai."

Les créanciers retardataires, s'ils n'ont pas le droit de participer au vote du plan lorsqu'ils n'ont pas déclaré leurs créances endéans le délai imparti, conservent néanmoins le droit de participer à la distribution. Si des distributions ont déjà eu lieu, ils ne pourront participer aux

distributions ultérieures que dans la proportion et la nature de leur créance, qui resterait due s'ils avaient participé aux premières distributions. Cette solution est logique. Les créanciers conservent le droit d'être payé mais sans que les premières distributions ne soient remises en cause. Les prévisions du plan ne sont en conséquences pas bouleversées.

La Chambre de Commerce estime toutefois qu'il y a lieu d'insérer dans le corps de l'article sous avis, la précision qui est faite dans le commentaire des articles et suivant laquelle " *Cette restriction des droits des créanciers retardataires ne se justifie que dans la mesure où un plan est adopté et exécuté. Elle n'a pas lieu en cas de faillite ou de résolution du plan* ".

Concernant l'article 29

Cet article concerne la vérification des créances par le commissaire en vue de leur paiement. Le dernier alinéa de l'article sous avis prévoit que "*les créances définitivement admises dans la gestion contrôlée sont admises de plein droit en cas de faillite ultérieure*". L'article 500 du code de commerce dispose en matière de faillite que "*La vérification des créances sera opérée en présence du juge-commissaire et à l'intervention du failli, ou lui dûment appelé*". La Chambre de Commerce se demande à ce titre s'il ne fallait pas, pour des raisons de cohérence entre les deux procédures (le débiteur en gestion contrôlée peut toujours être placé en faillite), aligner le régime de la vérification des créances prévu en matière de gestion contrôlée par l'article 29 sous avis sur celui prévu par l'article 500 du code de commerce précité. L'article 29 ne prévoit en effet pas que la vérification des créances doit se faire à l'intervention du débiteur et en présence d'un juge équivalant au juge commissaire en matière de faillite.

Concernant l'article 30

Cet article concerne les débats sur les contestations. Il ne donne pas lieu à des remarques.

Concernant l'article 31

Cet article définit les plans de réorganisation des affaires et de réalisation de l'actif du débiteur. Il n'appelle pas d'observations.

Concernant l'article 32

L'article 32 sous avis a trait aux qualités du plan. Il doit tenir compte de tous les intérêts en cause, c'est à dire "*respecter le rang des privilèges et des sûretés ainsi que les réserves et les transferts de propriété à titre de garantie et prévoir le paiement à leur échéance de toutes les créances dont le paiement est imposé par l'article 18 et ne prévoir pour aucun créancier un paiement moindre qu'en cas de faillite*". La Chambre de Commerce souscrit entièrement à ces dispositions qui sont les conditions primordiales pour l'adoption et l'exécution du plan. La Chambre de Commerce se demande dans cet ordre d'idées, s'il n'était pas utile de se référer aux articles 566 et suivants du code de commerce concernant la revendication qui devraient également obtenir application en matière de gestion contrôlée en raison du principe sus énoncé en vertu duquel aucun créancier ne peut obtenir un paiement moindre qu'en cas de faillite.

Concernant l'article 33

L'article 33 concerne l'élaboration du plan. Il est prévu que le plan serait élaboré par le commissaire, soit par le débiteur, sous le contrôle du commissaire, lorsque le tribunal aura confié la préparation au débiteur. La Chambre de Commerce soutient que le débiteur devra dans tous les cas être associé à l'élaboration du plan. Il devra notamment donner son accord à la cession des éléments d'actif de son entreprise.

L'article sous avis prévoit par ailleurs que le commissaire ou le débiteur pourra "communiquer dès que possible au greffe les caractéristiques essentielles des éléments d'actifs susceptibles de faire l'objet d'une offre d'achat". Cette disposition a le mérite d'accélérer la procédure. La Chambre de Commerce est toutefois d'avis que le débiteur et le commissaire doivent s'être mis d'accord sur le principe de céder lesdits éléments d'actifs, même si le plan en tant que tel n'est pas encore finalisé.

Il est finalement prévu que "le commissaire ou le débiteur établit le projet de plan en tenant compte de toutes les créances connues à l'exception de celles que le commissaire estime en tout ou en partie infondées". La Chambre de Commerce propose à ce titre de prévoir une disposition, qui conformément au commentaire de la disposition sous avis et à l'image de l'article 27 § 3 de la loi belge sur le concordat judiciaire, disposerait que "le projet doit être élaboré en tenant compte de toutes les créances reconnues, y compris celles qui sont contestées et n'ont pas encore été vérifiées, ainsi que des créances non déclarées dont le commissaire aurait connaissance". La Chambre de Commerce estime que cette manière de faire assurerait mieux les droits des créanciers et permettrait du reste d'éviter des recours inutiles.

Concernant l'article 34

Cette disposition est liée à l'article 33. Il a trait aux offres de reprises des éléments d'actifs. Elle suggère toutefois que l'article sous avis précise le contenu d'une offre qui porte sur tout ou partie de l'actif du débiteur, ce qui aurait pour effet de faciliter ultérieurement, comme l'expliquent les auteurs dans le commentaire de l'article sous avis, la comparaison entre les offres concurrentielles. "

Concernant les articles 35 à 38

Ces dispositions qui concernent la soumission du plan aux créanciers aux fins d'approbation ou d'opposition et l'homologation du plan par le tribunal. Elles n'appellent pas d'observations.

Concernant l'article 39

L'article sous avis prévoit que la décision du tribunal homologuant le plan met fin à la gestion contrôlée. Il précise que le commissaire reste en fonction durant le temps qui lui est nécessaire pour achever la vérification des créances. La Chambre de Commerce se demande s'il n'était pas utile d'insérer une disposition, qui à l'image de l'article 36 de la loi belge sur le concordat judiciaire, disposerait que "Le commissaire après l'homologation du plan exerce la surveillance et le contrôle de l'exécution du plan . Il fait au moins tous les six mois rapport au tribunal de l'exécution du plan, ainsi qu'à chaque demande du tribunal."

Concernant les articles 40, 41 et 42

Ils ne donnent pas lieu à des remarques.

Concernant les articles 43 et 44

Les articles 43 et 44 ont trait au contenu du plan de réorganisation des affaires.

La Chambre de Commerce réitère à ce titre sa remarque concernant la nécessaire participation du débiteur à l'élaboration du plan, ainsi que l'importance à ce que le débiteur donne son accord aux dispositions du plan qui prévoient la cession d'éléments d'actifs. Il est notamment prévu que des créances peuvent être converties en actions ou en obligations. La conversion de créances en actions s'accompagnera nécessairement d'une augmentation du capital social. L'augmentation du capital devra normalement être décidée par l'assemblée générale aux conditions requises pour la modification des statuts (article 32 de la loi du 10 août 1915 sur les

sociétés commerciales) à moins que l'acte constitutif n'autorise le conseil d'administration à augmenter le capital en une ou plusieurs fois à concurrence d'un montant déterminé. (article 32 (2) de la loi du 10 août 1915 précitée).

L'article 44 sous avis dispose à ce titre sans autre précision " *A défaut d'adoption par les organes sociaux des mesures prescrites (.....), tout intéressé peut demander au tribunal de constater la caducité du plan.*" Est-ce que cette disposition signifie qu' à défaut d'adoption par les organes sociaux, le plan sera néanmoins appliqué dans toutes ses dispositions, avec la possibilité pour tout intéressé de demander au tribunal de constater la caducité du plan ou est-ce que cela signifie au contraire que le plan sera appliqué, mise à part les dispositions requérant une modification des statuts, en permettant toutefois à tout intéressé de demander au tribunal de constater la caducité du plan, lorsqu'il estime que le plan, amputé de ces mesures ne permettra plus la réorganisation des affaires du débiteur. Le texte n'est pas clair. La Chambre de Commerce estime que l'application du droit des sociétés ne saurait être écartée en l'espèce. Elle estime qu'il serait plus juste de prévoir dans cette hypothèse que " *Que le plan devra être adopté sous la condition suspensive de l'accord des actionnaires, accord qui devra être obtenu aux conditions requises pour la modification des statuts, telles que déterminées par l'article 67-1 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.*" Pour des raisons d'efficacité et d'économie de temps, la Chambre de Commerce est toutefois d'avis que cet accord devrait déjà exister au moment de la soumission du plan aux créanciers.

Les dernier alinéa de l'article 43 sous avis dispose que " *Les codébiteurs, cautions et garants ne peuvent se prévaloir des délais ou des remises de dettes prévus par le plan. Toutefois et sauf disposition contraire du plan, il en va autrement lorsque ces personnes sont des personnes qui ont agi à titre gratuit.*" La Chambre de Commerce réitère à cet endroit les remarques qu'elle a déjà émises relativement à l'article 16 du projet de loi sous avis".

Concernant les articles 45 et 46

Ils n'appellent pas d'observations.

Concernant l'article 47

Cet article a trait au contenu du plan de réalisation de l'actif.

Cet article dispose entre autres que " *S'agissant des plans des contrats de travail, il peut être dérogé aux dispositions de l'article 36 de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail.*"

La Chambre de Commerce relève à ce titre que l'article 36 précité a été remplacé par les articles 127-3 à 127-5 du code du travail. Quant au fond, elle marque son accord à cette disposition.

L'article 127-5 prévoit que le principe du maintien des droits des travailleurs, établi aux articles 127-3 et 127-4, s'applique au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'entreprise, lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant ou d'une procédure de gestion contrôlée. Le Luxembourg n'a pas écarté le maintien des droits des travailleurs dans les hypothèses précitées tel que le permet l'article 5 de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements. Le texte sous avis entend permettre la dérogation à ces principes en matière de gestion contrôlée seulement. Le principe du maintien des droits des travailleurs resterait toutefois en vigueur en matière de faillite.

Il ya lieu de relever à cet égard que les travailleurs sont des créanciers du débiteur qui en vertu de l'article 32 de l'avant-projet de loi ne peuvent subir aucun paiement moindre qu'en cas de faillite. En matière de faillite, les droits des travailleurs seraient maintenus, tel ne serait toutefois pas le cas en matière de gestion contrôlée. La Chambre de Commerce se demande en conséquence si la disposition sous avis est compatible avec le principe précité posé à l'article 32.

Concernant les articles 48 à 52

Ils n'appellent pas d'observations.

Concernant l'article 53

L'article 53 de l'avant-projet de loi a trait aux voies de recours. Il est prévu que la plupart des décisions sont exécutoires par provision. Cette solution s'impose pour des raisons d'efficacité et de rapidité de la procédure. La Chambre de Commerce souscrit à cette disposition.

Le deuxième alinéa établit que sauf disposition contraire, toutes décisions sont susceptibles d'appel et de pourvoi en cassation par le débiteur, ses créanciers, le commissaire, l'offrant dont l'offre a recueilli l'adhésion des créanciers, à l'exclusion de toutes autres voie de recours. La Chambre de Commerce relève d'abord que les termes "*Sauf disposition contraire ne sont pas assez précis*". Elle propose de remplacer ces termes par la disposition suivante. "*A l'exclusion des décisions contre lesquelles un recours est exclu par la loi.(...)*". Elle est par ailleurs d'avis que le jugement qui place le débiteur d'office en gestion contrôlée doit être considéré comme un jugement rendu par défaut. Même si le débiteur comparaît en chambre du conseil, il ne peut en être déduit qu'il a été partie au jugement. Le débiteur, devra donc relever opposition. Il ne pourra faire appel contre ce jugement. La Chambre de Commerce estime que cette situation particulière devrait être réglée par l'article sous avis.

Concernant l'article 54

Il n'appelle pas d'observations particulières.

Concernant l'article 55

L'article sous avis prévoit une meilleure publicité des décisions prises en application de la loi, que ne le prévoit le texte actuel. L'article sous avis dispose en effet que "*Les décisions dont la publication est prévue par la présente loi sont à la diligence du commissaire, ou du juge délégué publiées par extrait au plus tard dans les trois jours au moins dans deux journaux désignés par le tribunal et mentionnés au Registre du commerce et des sociétés.*" La visibilité de la procédure est en effet particulièrement importante pour des raisons de sécurité juridique. Il s'agit comme le relèvent l'avant projet de loi "*d'assurer une information rapide des tiers, en particulier des créanciers*". La Chambre de Commerce souscrit en conséquence entièrement à cette disposition.

Concernant les articles 56 et 57

Les articles 56 et 57 ont trait au statut des commissaires. La Chambre de Commerce réitère à cet égard les observations qu'elle a faites à l'occasion de l'article 10 sous avis.

Concernant les articles 58 à 62

Ces dispositions n'appellent pas de remarques.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le présent avant-projet de loi, sous réserve de la prise en considération des remarques et des propositions formulées dans le présent avis.

AFR/PPA