

CHAMBRE DE COMMERCE

CHAMBRE DES METIERS

**Objet : Projet de loi portant modification de l'article 567 du Code de commerce.
(4037SBE)**

*Saisine : Ministre de la Justice
(8 octobre 2012)*

AVIS COMMUN DE LA CHAMBRE DE COMMERCE ET DE LA CHAMBRE DES METIERS

Le présent projet de loi vise à adapter et moderniser l'article 567 du Code de commerce relatif au **droit de revendication en matière de faillite**, à savoir la possibilité pour tout propriétaire ayant consigné auprès d'un commerçant des biens lui appartenant, le droit de les revendiquer en cas de faillite de ce dernier. Elle fait ainsi naître dans le chef du commerçant failli une **obligation de restituer** à leur propriétaire les biens revendiqués.

Dans sa version actuelle, l'article 567 du Code de commerce se borne à couvrir la revendication de « marchandises », le législateur n'ayant pas envisagé d'autres biens que des biens meubles *corporels* - c'est-à-dire de biens ayant une existence matérielle - ni à l'époque de sa rédaction, ni lors de la dernière modification opérée par la loi du 31 mars 2000¹. Si la jurisprudence a toujours entendu le terme de marchandises dans un sens large, les auteurs du projet de loi estiment nécessaire de moderniser le libellé de l'article 567 du Code de commerce en élargissant expressément son champ d'application aux biens meubles *incorporels* afin de couvrir des biens tels que des données informatiques.

L'objectif clairement affiché par le présent projet de loi est d'appréhender tout particulièrement de nouvelles situations en matière d'externalisation informatique dont le degré le plus sophistiqué consiste dans la virtualisation des infrastructures et l'offre de services mutualisés, communément appelé « *cloud computing*² ».

Concrètement, la modernisation de l'article 567 du Code de commerce s'opère principalement par trois modifications textuelles.

La première concerne l'alinéa 1^{er} - qui reconnaît à tout propriétaire ayant consigné auprès d'un commerçant des marchandises lui appartenant, le droit de les revendiquer en

¹ Loi du 31 mars 2000 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente et modifiant certaines dispositions du Code de commerce.

² Le *cloud* est encore appelé « services en nuage ». La définition du *cloud computing*, communément admise sur le plan international, est donnée par le National Institute of Standards and Technology (NIST) en anglais et se lit : "model for enabling ubiquitous, convenient, on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services) that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service provider interaction".

cas de faillite de ce dernier - et consiste dans le remplacement du terme « marchandises » par l'expression « biens meubles *corporels* non fongibles ».

La deuxième consiste dans l'insertion d'un nouvel alinéa 2, destiné à **régler spécifiquement la revendication des biens meubles *incorporels***. Le champ d'application de cet alinéa 2 est plus large que celui de l'alinéa 1^{er} puisque les biens incorporels susceptibles d'être revendiqués (tels que des données informatiques) sont ceux en possession du failli ou détenus par lui, et non pas seulement ceux qui ont été consignés auprès de lui. De plus, le droit de revendication est reconnu au profit du propriétaire de ces biens incorporels mais aussi et surtout au profit de celui qui a confié ces biens incorporels au failli (par exemple le cas d'une société de services informatiques ayant recours à un prestataire de services *cloud*). C'est spécifiquement sur le fondement de ce nouvel alinéa qu'à l'avenir, tout propriétaire de données informatiques ou toute société informatique qui aura confié celles-ci à un prestataire de services *cloud* pourra en obtenir la restitution en cas de faillite de ce dernier.

La troisième modification textuelle consiste dans l'insertion d'un nouvel alinéa 4 précisant que, pour qu'il puisse y avoir revendication, les biens meubles incorporels ne doivent pas avoir été donnés en gage ou en garantie ou faire l'objet d'un contrat de garantie financière.

Considérations générales

Un projet de loi salué

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers saluent le projet de loi sous avis qui résulte de l'implication et de l'écoute du Gouvernement par rapport aux besoins exprimés par les professionnels du secteur de l'informatique et des télécommunications au Luxembourg. L'aménagement du droit de revendication en matière de faillite, de manière à couvrir les biens incorporels tels que des données informatiques, constitue en effet une des dix-neuf recommandations qu'avait formulées en 2011 un groupe de travail réunissant professionnels du secteur, centre de recherche et gouvernement³.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers se félicitent du choix de l'instrument juridique retenu par le Gouvernement, à savoir une modification du Code de commerce - norme juridique d'application horizontale - plutôt que l'élaboration d'une loi régissant spécifiquement le *cloud computing* susceptible de générer de nouvelles barrières à l'entrée dans ce marché porteur. Cette approche offre le double mérite d'affirmer rapidement et durablement l'efficacité et la spécificité du Luxembourg concernant la sécurisation des données tout en préservant, au nom de la neutralité technologique, le caractère universel de l'article 567 du Code de commerce.

Les deux chambres professionnelles sont convaincues que les garanties supplémentaires reconnues aux clients en matière de revendication des données stockées via une solution *cloud* constituent un véritable facteur de différenciation du Luxembourg par rapport aux autres états européens. L'attractivité du cadre légal des services *cloud* se

³ Voir le rapport d'EuroCloud Luxembourg intitulé, « *Cloud computing in Luxembourg: opportunités & challenges* », publié en février 2012, spécialement page 15.

trouvera indiscutablement renforcée et permettra à la fois d'attirer au Luxembourg de nouveaux acteurs spécialisés dans ce domaine mais aussi d'inciter les entreprises, notamment les PME, à recourir à ce type de services afin de réduire leurs dépenses informatiques et ainsi gagner en compétitivité⁴.

Afin de tirer pleinement profit de cet avantage d'innovation légale que constitue le présent projet de loi au sein de l'Union européenne, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers soulignent l'importance qu'il y a à adopter ce projet de loi dans les meilleurs délais.

Le *cloud computing* : d'importantes perspectives de croissance à encourager

Si en matière informatique, l'externalisation concernait par le passé des activités jugées mineures, le progrès technologique et l'environnement ultra-concurrentiel du secteur ont fait évoluer la pratique des entreprises de tous les secteurs d'activité.

Il en va ainsi de la technologie informatique dématérialisée qui consiste dans l'accès en libre-service à la demande à un ensemble de ressources informatiques mutualisées (réseaux, serveurs, stockage, applications et services) et qui repose sur le principe attractif du paiement à l'usage. Cette technologie offre trois niveaux de services - correspondant à un degré d'abstraction plus ou moins poussé - dont le premier, appelé « *IaaS*⁵ », consiste à offrir un stockage et un traitement de données, qu'il s'agisse de textes, d'images, de vidéos ou de logiciels, sur des serveurs distants et d'accéder à ces dernières sur différents appareils (ordinateurs, tablettes ou smartphones) en temps réel, où que l'on se trouve.

De par les opportunités qu'elle offre en termes de coûts, de productivité et de flexibilité pour les entreprises, cette technologie est en passe de changer fondamentalement la manière dont les services informatiques sont prestés.

La croissance de cette activité est spectaculaire. A l'échelle européenne, et selon une étude réalisée pour la Commission Européenne par le cabinet PAC⁶, le marché du *cloud computing* dans l'Europe des 27 a atteint 4 milliards d'euros en 2009 avec une croissance de près de 20% et cette croissance dynamique devrait se maintenir jusqu'en 2015. A l'instar des autres états européens, l'activité du *cloud* au Luxembourg connaît également une croissance à deux chiffres. En quelques années, le marché luxembourgeois a su développer une offre de services d'externalisation informatique, particulièrement auprès du secteur financier.

Toutefois, si l'informatique dématérialisée constitue une tendance irréversible, le principal frein au déploiement de solutions de *cloud computing* et *IaaS* dans les entreprises se situe au niveau de leur confiance dans le prestataire à qui elles externalisent des données et applications.

⁴ Plus de 80% des entreprises qui y recourent affirment avoir réduit leurs dépenses informatiques de 10 à 20% et 20% de ces entreprises déclarent avoir réalisé des économies de l'ordre de 30% ou plus, suivant le site de l'Union européenne « <http://ec.europa.eu> ».

⁵ Les services *IaaS* (« *Infrastructure as a Service* ») consistent à pouvoir disposer des serveurs, des moyens de stockage, d'un réseau. Les deux autres niveaux de services sont le *PaaS* (« *Platform as a Service* ») qui concerne la mise à disposition d'un environnement prêt à l'emploi (par exemple un serveur internet) et le *SaaS* (« *Software as a Service* ») qui concerne les applications d'entreprise (par exemple la location d'un logiciel de comptabilité).

⁶ Communiqué de presse PAC (Pierre Audoin Consultants SAS) du 22 février 2010.

Au Luxembourg, dans le secteur financier plus que tout autre, la nécessité de réguler et d'encadrer les risques est très vite apparue en raison de la sensibilité des données de la clientèle d'une part, et des enjeux de la sous-traitance informatique pour le secteur financier tout entier, en cas de panne ou défaillance d'un prestataire, d'autre part. Ainsi, les prestataires informatiques intervenant dans le secteur financier ont le statut de « PSF de support⁷ » et sont, en tant tels, soumis à un agrément ainsi qu'à la surveillance prudentielle de la Commission de surveillance du secteur financier, offrant ainsi des garanties fortes en termes de capital et de professionnalisme.

Le projet de loi sous avis permet quant à lui, en raison de son application horizontale, d'apporter à tous les clients, qu'il s'agisse de particuliers ou d'entreprises et qu'ils relèvent ou non du secteur financier, des garanties en matière de revendication des données et fichiers stockés via une solution *cloud*.

Alors qu'aucune législation européenne n'a encore vu le jour en la matière, bien que la Commission européenne ait adopté le 27 septembre 2012⁸ une stratégie énumérant les mesures clés à mettre rapidement en œuvre afin favoriser le recours au *cloud computing*, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers soutiennent toutes démarches législatives nationales visant à favoriser le recours à cette nouvelle technologie et voient dans le projet de loi sous avis un perfectionnement notable de la législation luxembourgeoise actuelle, dont la maturité en matière informatique n'est plus à démontrer.

Les recommandations devant guider les acteurs concernés

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers estiment utile de formuler plusieurs recommandations afin de guider les acteurs concernés dans leur compréhension et dans l'application du nouvel article 567 du Code de commerce.

S'agissant du curateur, celui-ci doit avoir présent à l'esprit que nonobstant l'ouverture d'une procédure de faillite à l'encontre d'un prestataire de services *cloud*, les clients de celui-ci auront pour leur part un intérêt vital à poursuivre leur activité sans interruption et à accéder à leurs données. Autrement dit, la mise en faillite d'un prestataire de services *cloud* ne devrait pas affecter la continuité de leurs propres services. Dans le cadre de l'application du nouvel article 567 du Code de commerce, le curateur jouera donc un rôle-clé en termes de préservation et de restitution des données et devrait assumer une responsabilité à cet égard.

S'agissant du client de services *cloud*, il lui appartiendra de convenir avec son prestataire de toutes garanties contractuelles qu'il jugera nécessaires sur les aspects non couverts par la législation.

⁷ « PSF » signifiant Professionnel du Secteur Financier.

⁸ Suivant la communication du 27 septembre 2012, COM(2012) 529 final, les mesures à prendre concernent le renforcement de la réversibilité des données (possibilité de récupérer des données), de la portabilité des données (possibilité de déplacer ces données d'un système informatique vers un autre), de l'interopérabilité (ou compatibilité) des systèmes informatiques, de l'élaboration de systèmes de certification, de la création de conditions contractuelles types pour les contrats, ou encore de la création d'un partenariat européen en faveur du *cloud computing*.

Commentaire du nouvel article 567 du Code de commerce

Concernant l'alinéa 2

Le nouvel alinéa 2 de l'article 567 introduit un droit de revendication spécifiquement à l'encontre des biens meubles incorporels non fongibles *en possession du failli* ou détenus par lui, *les frais étant à charge du revendiquant*. Cet alinéa appelle deux remarques.

L'objectif majeur du présent projet de loi étant de permettre la revendication des données et fichiers stockés via une solution *cloud*, cet alinéa doit garantir qu'en dépit du pouvoir de fait exercé par le prestataire sur les données qui lui ont été confiées, ce dernier ne détient aucun droit sur ces données. A cet égard, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers relèvent qu'en droit civil, la *possession* et la *propriété* sont deux concepts très proches - le propriétaire et le possesseur n'étant, en règle générale, qu'une seule et même personne⁹ -. Afin d'éviter toute ambiguïté, les deux chambres professionnelles sont d'avis que les termes « en possession (du failli) » devraient être remplacés par « **qui se trouvent auprès (du failli)** ».

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers relèvent que parmi les multiples dispositions du Code de commerce ayant trait au droit de revendication dans le cadre de la faillite, l'alinéa 2 de l'article 567 est la seule disposition à préciser que les frais de revendication incombent au revendiquant. Dans la mesure où il est admis que les frais de revendication sont toujours à la charge du revendiquant, les deux chambres professionnelles estiment que toute précision sur ce point est superflue et préconisent de biffer, à la fin de l'alinéa 2, les termes « *les frais afférents étant à la charge du revendiquant* ».

Concernant l'alinéa 3

L'alinéa 3 du nouvel article 567 n'est autre que l'alinéa 2 de l'actuel article 567 du Code de commerce (le changement de numérotation résultant de l'insertion par le projet de loi d'un nouvel alinéa 2 relatif à de la revendication des biens meubles incorporels). A côté de cette nouvelle numérotation, l'alinéa subit une adaptation textuelle qui, aux yeux de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers, n'est pas fondée.

Dans sa version actuelle, cet alinéa reconnaît au propriétaire de marchandises qui ont été consignées au failli à titre de dépôt ou pour être vendues pour le compte du propriétaire, la possibilité de réclamer le prix restant dû par l'acheteur dans l'hypothèse où ces biens ont été vendus par le failli avant l'ouverture de la faillite. Le projet de loi propose de couvrir également l'hypothèse où les biens meubles *incorporels* auraient été vendus par le failli.

Si la mesure trouve tout son sens en cas de vente des biens meubles corporels par le failli avant l'ouverture de la faillite (puisque ces biens ont justement été consignés auprès de lui pour être vendus), la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers relèvent qu'il n'y a pas lieu de régler l'hypothèse de la vente de biens meubles incorporels qui se trouvent auprès du failli puisque les biens meubles incorporels n'ont pas été remis au failli à cette fin.

⁹ Les deux concepts se distinguent toutefois en ce que la propriété est un *droit* qui s'exerce sur un bien (meuble ou immeuble) et que la possession est un *pouvoir de fait* conduisant la personne à se comporter comme s'il elle en avait la propriété.

Les deux chambres professionnelles proposent partant de procéder à un « retour en arrière » - l'alinéa 3 du nouvel article 567 devant rester l'alinéa 2 de l'actuel article 567 - et de remplacer le début de l'alinéa « *En cas de revente des biens visés aux deux alinéas qui précèdent par le failli avant l'ouverture de la faillite (...)* » par « *En cas de revente des biens visés à l'alinéa précédent par le failli avant l'ouverture de la faillite (...)* ».

Concernant l'alinéa 4

Les deux chambres professionnelles n'ont pas de remarque de fond à formuler quant à l'insertion de ce nouvel alinéa 4 et se limitent à relever, compte tenu des remarques formulées au sujet des alinéas 2 et 3, que l'alinéa 4 du nouvel article 567 devrait se lire comme suit : « *Les dispositions de l'alinéa qui précède ne s'appliquent pas lorsque les biens meubles incorporels non fongibles ont été donnés en gage ou en garantie* ».

Proposition de nouveau libellé pour l'article 567 du Code de commerce

« Les biens meubles corporels non fongibles consignés au failli, soit à titre de dépôt, soit pour être vendus pour le compte du propriétaire, peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se trouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure.

En cas de revente des biens visés à l'alinéa précédent par le failli avant l'ouverture de la procédure, le propriétaire peut réclamer le prix ou la partie du prix dont l'acheteur ne s'est pas acquitté, de quelque manière que ce soit, à la date du jugement déclaratif de faillite.

Les biens meubles incorporels non fongibles se trouvant auprès du failli ou détenus par lui peuvent être revendiqués par celui qui les a confiés au failli ou par leur propriétaire, à condition qu'ils soient séparables de tous autres biens meubles incorporels non fongibles au moment de l'ouverture de la procédure.

Les dispositions de l'alinéa qui précède ne s'appliquent pas lorsque les biens meubles incorporels non fongibles ont été donnés en gage ou en garantie. Elles ne s'appliquent pas davantage aux biens incorporels non fongibles qui font l'objet d'un contrat de garantie financière soumis aux dispositions de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière. »

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers approuvent le projet de loi sous avis eu égard à ses retombées positives sur l'ensemble de l'économie luxembourgeoise, sous réserve de la prise en compte expresse de ses observations.

SBE/PPA