



23 avril 2013

AVIS I/12/2013

relatif au projet de loi relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite et modifiant

- (1) le livre III du Code de commerce,
- (2) l'article 489 du Code pénal,
- (3) la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de gage et le billet à ordre,
- (4) la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises,
- (5) la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance,
- (6) la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière,
- (7) la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
- (8) la loi générale des impôts («Abgabenverordnung»)

..... AVIS

Par lettre du 7 février 2013, réf. : N° L-27/11, Monsieur François Biltgen, ministre de la Justice, a soumis le projet de loi sous rubrique à la Chambre des salariés.

1. Ce projet de loi a pour objet de réformer les dispositions légales pouvant être mises en œuvre au bénéfice ou à l'encontre des entreprises en difficultés.

2. Le Grand-Duché de Luxembourg connaît plusieurs procédures d'insolvabilité, mais seule la faillite est utilisée de nos jours : il s'agit d'une procédure qui ne permet pas le redressement de l'entreprise visée mais qui tend à la liquidation de son patrimoine quand elle est en état de cessation des paiements et que son crédit est ébranlé.

3. En 2010, 918 faillites ont été prononcées et en 2011, 978 faillites ont été prononcées. Pour 2012, 571 faillites ont été prononcées au cours du 1^{er} semestre, de sorte que l'on peut raisonnablement craindre que l'on dépasse pour la première fois le seuil du millier de faillites.

Les faillites ont des conséquences immédiates en termes d'emplois. En ce qui concerne le nombre de salariés concernés, on peut relever que :

- en 2009, 1724 salariés ont été indemnisés par l'Administration de l'emploi en rapport avec 428 faillites
- en 2010, 1993 salariés ont été indemnisés en rapport avec 499 faillites
- en 2012 (1^{er} semestre), 1230 salariés ont été indemnisés en rapport avec 571 faillites.

Une analyse plus détaillée permet également de déterminer le nombre de salariés concerné par chaque faillite :

Ainsi pour le 1^{er} semestre de 2012, il y a eu 573 faillites :

- dans 170 cas soit 29,8 % il n'y avait aucun salarié,
- dans 240 cas soit 42 % il y avait un seul salarié (en général le gérant salarié de la société)
- dans 115 cas soit 20,1 % il y avait 2 à 5 salariés
- dans 42 cas soit 7,4 % il y avait 6 à 15 salariés
- dans 4 cas soit 0,7 % il y avait 16 à 50 salariés
- dans 2 cas soit 0,4 % il y avait plus de 50 salariés.

4. A l'examen de ces statistiques on constate que les sociétés concernées sont très diverses, avec d'une part des sociétés de petite taille assez nombreuses ayant peu de salariés, et d'autres part des sociétés importantes peu nombreuses mais ayant un nombre conséquent de salariés.

5. Sur le plan répressif, force est de constater que les poursuites judiciaires pour faillites frauduleuses sont peu nombreuses. Il résulte du relevé des banqueroutes tenu par le Parquet de Luxembourg pour les périodes :

- 2004-2009 : 102 poursuites ont été exercées pour banqueroute simple et banqueroute frauduleuse avec autant de condamnations prononcées.
- 2009-2010 : 27 condamnations, dont 25 pour banqueroute simple et 2 pour banqueroute frauduleuse.
- Depuis le 16 septembre 2010 jusque février 2011 : 9 condamnations pour banqueroute simple.

Du relevé des banqueroutes tenu par le Parquet de Diekirch pour les périodes :

- 2005-2009 : 6 jugements de banqueroute simple et 2 jugements de banqueroute frauduleuse.
- 2009-2010 : 1 jugement de banqueroute simple et 3 jugements de banqueroute frauduleuse.

6. Sur base de ces constatations, la réforme objet du présent avis a pour dessein de doter le pays d'un véritable dispositif préventif aux faillites, de permettre un assainissement plus rapide et moins onéreux de la place des sociétés fantômes sans activités, ni actifs à travers une dissolution

purement administrative et enfin de consacrer certaines adaptations estimées indispensables par la pratique de la faillite.

7. Si la Chambre des salariés salue d'emblée ces trois objectifs, elle met en exergue la nécessité de doter le Luxembourg d'un véritable arsenal préventif aux faillites, qu'elle a réclamé à d'itératives reprises dans ses avis antérieurs.

La meilleure protection des salariés contre les faillites est évidemment la prévention de ces faillites, bien qu'il soit difficile de prévenir les faillites car les causes sont généralement mal connues. Si certaines faillites peuvent être la conséquence de difficultés économiques, il ne faut pas oublier que d'autres causes comme la sous-capitalisation, la mauvaise gestion ou la fraude sont à l'origine de nombreuses faillites.

Aussi pourrait-on mettre dans la législation un certain nombre d'obligations à charge de tout employeur dès le constat des premières difficultés de trésorerie. Dans une telle situation il devrait être dans une première phase tenu de se soumettre à un contrôle de sa situation économique et financière par des experts agréés. Suivant les résultats de cette expertise, des procédures comme celles introduites par le présent projet de loi seraient le cas échéant obligatoirement mises en place.

Dans une seconde phase, il devrait le cas échéant être obligé de négocier la mise en place d'un plan de maintien dans l'emploi au bénéfice de ses salariés pour accompagner la tentative de redressement de l'entreprise.

Evidemment un tel mécanisme présuppose aussi d'investir les représentants des salariés de droits supplémentaires : un droit élargi à l'information et la consultation, leur permettant à eux aussi de détecter en temps utile les difficultés qui affectent l'entreprise, assorti du droit de déclencher les mécanismes préventifs de faillite, aux côtés de leur employeur ou en cas d'inaction de sa part.

7 bis. La CSL estime en outre que le législateur doit adapter sa législation en matière de marché public et y inscrire des exigences sociales telles le respect de la législation sociale (droit du travail et sécurité sociale) à remplir par les prestataires qui participent à ces procédures en vue de l'obtention d'un marché public. Par ce biais l'Etat (et de ce fait les citoyens) peuvent participer à la prévention des faillites en s'assurant que les deniers publics des contribuables soient exclusivement employés pour faire travailler des entreprises qui respectent la législation sociale.

1. Mesures en vue de préserver les entreprises

8. Le projet soumis pour avis propose de remplacer les dispositifs actuels désuets du concordat avant ou post-faillite, de la gestion contrôlée et du sursis de paiement.

1.1. Description des dispositifs actuels supprimés

9. Toutes ces procédures sont mises en œuvre à la demande du seul débiteur. Le choix entre ces différentes procédures va dépendre du degré de difficultés économiques rencontrées par le commerçant.

Le sursis de paiement¹

10. Une fois saisi d'une requête en sursis de paiement, le tribunal nomme un juge commissaire chargé de lui faire un rapport sur la situation du requérant, afin de décider du sursis de paiement ou pas.

11. Le sursis n'est accordé qu'au commerçant, qui par suite d'évènements extraordinaires et imprévus, est contraint de cesser temporairement ses paiements, mais qui d'après son bilan dûment vérifié, a des biens ou moyens suffisants pour satisfaire tous ses créanciers en principal et intérêts. Le sursis pourra être accordé si la situation du commerçant, bien qu'actuellement déficitaire, présente des éléments sérieux de rétablissement de l'équilibre entre l'actif et le passif.

12. De même, en cas de décès d'un commerçant, le sursis au paiement de ses dettes pourra être accordé à ses héritiers bénéficiaires, sous les conditions exposées ci-avant.

13. Le tribunal saisi peut dès le dépôt de la requête ou en cours d'instruction accorder un sursis provisoire. Un juge-commissaire contrôle les opérations du débiteur pendant la durée du sursis. Pendant cette durée, le débiteur ne peut plus aliéner, hypothéquer ou engager ses biens.

14. Les créanciers du débiteur sont convoqués et entendus par le juge chargé d'examiner la situation du requérant, puis par le tribunal en présence du débiteur.

15. Le tribunal rend un avis motivé, qui est transmis avec l'ensemble du dossier à la Cour supérieure de justice qui a le pouvoir d'accorder un sursis définitif. La Cour ne peut accorder de sursis que si la majorité des créanciers représentant, par leurs créances, les trois quarts de toutes les sommes dues, ont adhéré à la demande.

La gestion contrôlée

16. La procédure de gestion contrôlée est une procédure tendant à la réorganisation des affaires du commerçant qui en fait la demande et qui est de bonne foi. Le crédit de ce dernier doit être ébranlé. Toutefois, malgré cet ébranlement de crédit, il doit exister une possibilité de réorganiser l'activité de manière à faire diminuer le passif. La gestion contrôlée est réglementée par l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935².

17. La demande est introduite devant le tribunal de l'arrondissement. Si les conditions sont réunies, le tribunal délèguera un de ses juges pour faire rapport sur la situation du commerçant. Ce dernier perd dès ce moment le droit de disposer de ses biens, sauf autorisation du juge. Sur base du rapport du juge délégué à cette fin, le tribunal va accepter ou rejeter la requête en gestion contrôlée.

18. En cas de rejet, il peut prononcer la faillite du requérant.

¹ Articles 593 et suivants du Code de Commerce.

² Arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 complétant la législation relative aux sursis de paiement, au concordat préventif de faillite et à la faillite par l'institution du régime de la gestion contrôlée, Mémorial A-35 du 25 mai 1935, p.439.

19. En cas de mise sous gestion contrôlée, la gestion du patrimoine du requérant sera placé sous le contrôle d'un ou de plusieurs commissaires nommés par le tribunal. Ceux-ci établissent dans le délai fixé par le tribunal soit un projet de réorganisation des affaires du commerçant, soit un projet de réalisation et de répartition de l'actif. (Ils peuvent aussi conseiller une mise en faillite.) Leur projet est transmis aux créanciers, aux codébiteurs solidaires et cautions connus, ainsi qu'au tribunal pour approbation.

20. Dans les 15 jours de cette communication, les créanciers font connaître leur position au greffe du tribunal. Le tribunal ne peut approuver le projet des commissaires que si plus de la moitié des créanciers représentant par leurs créances non contestées par les commissaires plus de la moitié du passif, sont d'accord.

Le concordat préventif de faillite

21. Le concordat préventif de faillite est une procédure ouverte, sous certaines conditions, au débiteur qui remplit les conditions de la faillite. La loi du 14 avril 1886³ règlemente cette procédure. Pour éviter la mise en faillite, le débiteur propose à ses créanciers un concordat dans lequel il leur abandonne ses derniers actifs. La procédure a, à l'instar de la procédure de faillite, pour but de permettre la liquidation de l'actif du commerçant. Cette procédure diffère toutefois de la procédure de faillite par le fait que le commerçant échappera aux effets produits par la procédure de faillite.

22. Le débiteur doit déposer une requête auprès du tribunal de son domicile, qui délègue un de ses juges pour dresser un rapport de la situation du débiteur. Le débiteur perd dès ce moment le droit de disposer de ses biens, sauf autorisation du juge. Une fois le rapport déposé, le tribunal peut accorder un délai au commerçant afin de lui permettre de présenter ses propositions concordataires à ses créanciers. Les créanciers pourront exposer leur position au tribunal, qui a le pouvoir final d'homologuer ou pas le concordat. En cas d'homologation, le juge ayant dressé le rapport sera chargé de surveiller l'exécution du concordat.

23. Il est certain que ces dispositifs sont aujourd'hui devenus obsolètes, sans doute du fait qu'ils comportent de nombreuses étapes et difficultés procédurales. A titre exemplatif, une procédure de gestion contrôlée nécessitant la présence systématique d'un commissaire à la gestion contrôlée implique des coûts que peu d'entreprises en difficultés sont en mesure de supporter surtout quand elles sont de petite taille et que la trésorerie est par définition très limitée.

1.2. Nouveaux mécanismes proposés par le projet de loi

24. Ces mesures de prévention se déclinent en trois volets : la collecte d'informations sur les entreprises en difficulté, la réorganisation extrajudiciaire par accord amiable et la réorganisation judiciaire.

25. Une première étape a d'ores et déjà été franchie en 2012 par la mise en place d'une centrale des bilans, devenue indispensable du fait de l'obligation de déposer les comptes sous format électronique à partir du 1^{er} janvier 2012⁴.

³ Loi du 14 avril 1886 concernant le concordat préventif de la faillite, Mémorial A-21 du 15 avril 1886, p.225.

⁴ Il y a obligation de dépôt des comptes annuels pour toutes les entreprises, à l'exception de celles qui ont un chiffre d'affaires annuel inférieur à 100 000 €. Les grandes entreprises doivent fournir plus de détails que les petites. A cet effet, la loi prévoit des schémas complets et abrégés pour le bilan, le compte de résultats et les annexes. Si toutes ces informations sont accessibles pour certaines administrations dans l'exercice de leurs attributions, l'accès pour le grand public ou pour les professionnels est limité aux comptes annuels des

La CSL espère que l'établissement et la gestion de la Centrale des bilans, mission qui incombe au STATEC, puisse aussi contribuer à l'atténuation du phénomène faillites. Cette Centrale devrait en effet rassembler et publier des données issues des comptes annuels, dont bilan, compte de profit et pertes, des rapports de gestion, ainsi que des rapports de contrôles des entreprises. Cet outil devrait selon le STATEC contribuer à la prévention des faillites⁵.

Champ d'application

26. Il a été jugé utile de pouvoir faire bénéficier non seulement les commerçants des mécanismes en place mais également les artisans et les sociétés civiles.

27. Bon nombre d'artisans exercent en leur nom personnel et il est utile qu'ils puissent également bénéficier des outils de prévention qu'instaure le présent titre du projet de loi.

La CSL se félicite de cette extension aux artisans.

1.2.1. La collecte d'informations sur les entreprises en difficulté (chapitre 2 titre 1^{er} du projet de loi)

Rôle central du secrétariat du Comité de conjoncture

28. Le secrétariat du Comité de conjoncture pourra désormais consulter les données financières recueillies via la Centrale des bilans, la liste des protêts, certains jugements pris contre des commerçants. Il tiendra à jour tous les renseignements et données utiles concernant les débiteurs qui sont en difficultés financières telles que la continuité de leur entreprise puisse être mise en péril.

29. Par sa participation en tant que membre du comité d'évaluation des entreprises (voir point suivant), le secrétariat aura également accès à des informations de source administrative. Cet échange d'informations devrait être réciproque : le comité d'évaluation ainsi que les tribunaux peuvent avoir recours au secrétariat du Comité de conjoncture.

30. Le débiteur concerné peut à tout moment prendre connaissance sans déplacement des données ainsi recueillies. Ce dernier a le droit d'obtenir, par requête adressée au secrétariat du Comité de conjoncture, la rectification des données qui le concernent.

Cette précision figure à l'article 5 alinéa 2, ainsi qu'à l'article 7 paragraphe 2 du projet, ce qui semble faire double emploi. De manière globale, l'intérêt de la section 1 par rapport à la section 2 du chapitre 2 est très limité, vu que l'article 5 est repris à l'article 7.

31. L'article 7 ajoute que lorsque le comité estime que la continuité de l'entreprise d'un débiteur est menacée, il **peut inviter** le débiteur afin d'obtenir toute information relative à l'état de ses affaires et au sujet des mesures de réorganisation éventuelles.

32. Une simple invitation du débiteur à entamer les discussions en vue d'une réorganisation éventuelle est insuffisante. La loi doit être plus contraignante.

sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions, des sociétés à responsabilité limitée et des coopératives.

⁵ Source : Présentation- Lancement de la Centrale des Bilans du Luxembourg Weydert Nico – Statec 29.03.2011

33. La CSL fait ici un parallèle avec les dispositions légales introduites en 2006 pour maintenir l'emploi selon lesquelles, le Comité de conjoncture,⁶ 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.

34. La procédure de maintien dans l'emploi est à ce jour loin d'atteindre les résultats escomptés, à défaut d'être suffisamment contraignante. La CSL demande par conséquent que la leçon soit tirée de cet échec pour donner une nouvelle impulsion à la politique de prévention des difficultés économiques des entreprises.

35. Toute la procédure de maintien dans l'emploi doit pouvoir être imposée à l'employeur, de même que les mesures préventives à mettre en œuvre dès l'apparition des premiers essoufflements économiques.

36. Les représentants des salariés, ou à défaut les salariés eux-mêmes, doivent avoir le droit de saisir le Comité de conjoncture pour sonner l'alarme et provoquer une convocation du débiteur. En effet, il existe encore trop d'hypothèses où la passivité du débiteur entraîne la société à sa mort : par exemple quand le débiteur honteux d'avouer sa déconfiture et laisse les difficultés le submerger, alors que l'entreprise aurait pu être redressée en agissant en amont ; quand le débiteur préfère perdre sa société en difficultés pour repartir à zéro par après.

37. Il est également fortement regrettable que les employeurs occupant moins de 15 salariés ne soient pas soumis à l'obligation de notification au secrétariat du Comité de conjoncture⁷ des licenciements économiques prononcés, ce qui, par conséquent prive leurs salariés du mécanisme protecteur (plan de maintien dans l'emploi) qui en découle.

Or, un petit employeur peut aussi être exposé à une situation de licenciement pour raisons économiques, voire de licenciement collectif.

Seule une obligation généralisée permettrait au Comité de conjoncture de dresser un tableau exact de l'évolution conjoncturelle du pays.

38. Il serait en outre judicieux de demander à l'employeur de spécifier lors de la notification les raisons économiques qui l'amènent à vouloir supprimer un poste. De même il devrait préciser de quel poste de travail il s'agit précisément.

Ces informations supplémentaires permettraient au Comité de conjoncture de savoir d'ores et déjà si les difficultés éprouvées par l'entreprise sont d'ordre conjoncturel ou structurel. Cela permettrait encore au Comité d'apprécier de manière plus minutieuse l'évolution économique du pays.

Ces informations permettraient un contrôle de la suppression du poste concerné au moment du licenciement déclaré et a posteriori afin de vérifier le fondement dudit licenciement pour motif économique.

⁶ Article L. 513-1 (1) du Code du travail

⁷ Article L.511-27 du Code du travail.

39. Il serait également utile de prévoir que lors de chaque notification de licenciement, le secrétariat du Comité de conjoncture rende par retour de courrier l'employeur attentif à la priorité de réembauchage existant en matière de licenciement pour raison économique.

39bis. La CSL aimerait pour finir rendre attentive au fait, qu'au vu de l'augmentation de la charge de travail du secrétariat du comité de conjoncture par le présent projet de loi, celui-ci doit être doté du personnel nécessaire pour faire face à ces missions.

Institutionnalisation de l'actuel comité interadministratif informel sous le nom de Comité d'Evaluation des Entreprises en Difficultés (CEvED) (Article 8 du projet de loi)

40. Est ancré dans la loi le « comité faillite » réunissant l'Administration des contributions directes, l'Administration de l'Enregistrement et des domaines et le Centre commun de la sécurité sociale, sans que pour autant son rôle ne change.

Il lui est simplement adjoint un représentant du ministère de l'Economie.

L'organisation, le fonctionnement et l'indemnisation des membres de la Cellule d'évaluation des entreprises en difficulté seront déterminées par règlement grand-ducal.

1.2.2. Les mesures conservatoires

La conciliation (article 9 du projet de loi)

41. Le projet de loi prévoit une procédure non judiciaire de conciliation, sur demande du débiteur auprès du secrétariat du Comité de conjoncture en vue de se voir adjoindre **un conciliateur d'entreprise assermenté** dont la mission est laissée largement ouverte dans le projet de loi.

42. Ce conciliateur est désigné par le Ministre de l'Economie, qui arrête l'étendue et la durée de sa mission dans les limites de la demande du débiteur.

Il est choisi parmi les experts assermentés désignés en tant que conciliateurs d'entreprise[°].

La mission du conciliateur d'entreprise prend fin lorsque le débiteur ou le conciliateur d'entreprise le décide. La partie la plus diligente informe le secrétariat du Comité de conjoncture que la mission a pris fin.

43. Selon le commentaire des articles, une consultation avec les chambres professionnelles est en cours afin de pouvoir disposer dès la mise en œuvre de la loi d'un pool varié de conciliateurs disponibles pour exécuter de telles missions. Il est légitime de se demander pourquoi seules les chambres professionnelles patronales sont consultées ?

La nomination d'un mandataire de justice (article 10 du projet de loi)

44. Lorsque des manquements graves et caractérisés du débiteur ou de ses organes menacent la continuité de l'entreprise en difficulté et que la mesure sollicitée est de nature à préserver cette continuité, le magistrat présidant la chambre du tribunal, saisi par tout intéressé selon les formes du référé, peut désigner à cet effet un ou plusieurs mandataires de justice choisis 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.

45. L'ordonnance qui désigne le mandataire de justice détermine de manière précise l'étendue et la durée de la mission de celui-ci. Il n'y a pas forcément dessaisissement du débiteur.

Le sort des frais n'est pas spécialement réglé. C'est donc le droit commun qui s'applique et il appartient au juge de décider à charge de qui ceux-ci reviendront.

La réorganisation extra-judiciaire par accord amiable (Chapitre 3, titre 1^{er}, article 11 du projet de loi)

46. Le débiteur essaie de trouver un accord avec au moins deux de ses créanciers.

Cet accord est de nature purement contractuelle et n'a pas d'effets quant aux créanciers qui ne sont pas parties à ce contrat.

Les créanciers qui acceptent de négocier un tel accord ont toutefois la garantie que les arrangements ainsi trouvés et les paiements effectués dans le cadre de l'exécution de cet accord ne seront pas remis en cause même en cas de faillite postérieure⁹.

1.2.3. La réorganisation judiciaire (Chapitre 4 du titre 1^{er})

47. Cette procédure est ouverte sur requête du débiteur et a comme effet d'obtenir un sursis qui permet de suspendre toute mesure d'exécution visant au recouvrement des créances pendant la période entre le dépôt de la requête et la décision judiciaire d'ouverture de la procédure, ainsi que pendant le déroulement de la procédure de réorganisation judiciaire.

48. Afin d'éviter les abus et les mesures dilatoires, il est prévu que le tribunal peut à ce stade obtenir communication du dossier établi par le secrétariat du Comité de conjoncture qui comprend notamment un rapport reprenant une appréciation quant à la situation de l'entreprise.

49. Le sursis peut permettre trois choses :

- soit donner du temps au débiteur pour négocier un accord amiable avec plusieurs de ses créanciers (section 2 article 38 du projet de loi),
- soit permettre d'entamer une procédure d'accord collectif aux termes de laquelle un accord est obtenu éventuellement avec tous les créanciers, accord qui s'impose à ceux-ci, même ceux qui s'y opposent, si certaines conditions quant au nombre des créanciers qui l'acceptent et le montant du passif qu'ils représentent sont remplies (section 3 articles 39 à 53 du projet de loi) ;
- soit aboutir à une réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice dans le cadre de laquelle un mandataire de justice organise la cession de tout ou partie des actifs de l'entreprise en vue d'assurer la continuité des activités, ces cessions pouvant se faire par opérations successives (section 4 articles 54 à 65 du projet de loi).

50. La procédure à suivre est similaire pour ces trois options.

Conditions d'ouverture

51. La procédure de réorganisation judiciaire est ouverte dès que la continuité de l'entreprise est menacée, à bref délai ou à terme.

⁹ notamment dans le cadre des articles 445, 2° et 446 du Code de commerce.

52. 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.

53. Si la demande émane d'un débiteur qui a déjà sollicité et obtenu l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire moins de trois ans plus tôt, la procédure de réorganisation judiciaire ne peut être ouverte qu'au cas où elle tend au transfert, sous autorité de justice, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités.

54. L'état de faillite du débiteur ne fait pas obstacle en soi à l'ouverture ou à la poursuite de la procédure de réorganisation judiciaire.

55. Rejoignant les observations émises supra, la CSL exige que le projet de loi soit plus contraignant et oblige les débiteurs à lancer cette procédure dès que la continuité de leur entreprise est menacée. Pour assurer la mise en œuvre de ce dispositif préventif, il faut en outre qu'il puisse être initié par d'autres acteurs que le débiteur lui-même : ses créanciers, ses salariés ou leurs représentants.

Pièces à fournir

56. Le débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire adresse une requête au tribunal, avec 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 ;
- 4° une situation comptable de son actif et de son passif et un compte de résultats ne datant pas de plus de trois mois.
- 5° une prévision d'encaissements pour la durée demandée du sursis au moins ;
- 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 du secrétariat du Comité de conjoncture ;
- 10° toutes autres pièces que le débiteur juge utiles pour étayer la demande.

57. Le point 8 exige de compléter le Code du travail afin d'obliger tout employeur à informer et consulter les salariés ou leurs représentants dès que la continuité de l'entreprise est menacée et au plus tard, avant qu'il ne sollicite une réorganisation judiciaire. Or le projet soumis pour avis omet de procéder à cet ajout.

Durée maximale

58. Ce sursis a une durée limitée fixée par le tribunal à 6 mois maximum. Il peut être reconduit sans que sa durée totale ne puisse excéder 12 mois.

Une deuxième prolongation de 6 mois peut intervenir en cas de circonstances exceptionnelles (dimension de l'entreprise, complexité de l'affaire, importance de l'emploi pouvant être sauvegardé).

La sursis en vue de la conclusion d'un accord amiable extra-judiciaire (section 2 article 38 du projet de loi)

59. Le but de cette voie est simplement de donner du temps au débiteur pour négocier un accord amiable avec plusieurs de ses créanciers.

60. Le débiteur peut demander au tribunal de se faire aider par un mandataire de justice. Tout tiers ayant un intérêt peut faire la même demande. [Article 22 du projet de loi]

61. Le débiteur peut également demander au tribunal de bénéficier de délais de paiement.

La réorganisation judiciaire par accord collectif (section 3 articles 39 à 53 du projet de loi)

Dépôt d'un plan par le débiteur

62. Le débiteur dépose un projet de plan de réorganisation composé d'une partie descriptive et d'une partie prescriptive.

La partie descriptive du plan décrit l'état de l'entreprise, les difficultés qu'elle rencontre et les moyens à mettre en œuvre pour y remédier. Elle précise la manière dont le débiteur envisage de rétablir la rentabilité de l'entreprise.

La partie prescriptive du plan contient les mesures à prendre pour désintéresser les créanciers.

Le débiteur peut demander au tribunal à se faire aider par un mandataire de justice.

Volet social

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

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

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

Approbaton par les créanciers

65. Le plan de réorganisation est tenu pour approuvé par les créanciers lorsque le scrutin recueille le vote favorable de la majorité de ceux-ci, représentant par leurs créances la moitié de toutes les sommes dues en principal.

Cession possible

66. La cession volontaire de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités peut être prévue au plan de réorganisation.

Délai d'exécution

67. Le délai d'exécution du plan ne peut pas dépasser 5 ans à compter de son homologation.

Homologation par le tribunal

68. Le tribunal décide s'il homologue ou non le plan de réorganisation. 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.

Possible révocation du plan

69. Tout créancier peut demander la révocation du plan de réorganisation lorsqu'il n'est pas ponctuellement exécuté, ou lorsqu'il démontre qu'il ne pourra pas en être autrement et qu'il en subira un préjudice.

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

La réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice (section 4 articles 54 à 65 du projet de loi).

Avec l'accord ou sur demande du débiteur : à reformuler dans le projet de loi

71. Le transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités peut être ordonné par le tribunal en vue d'assurer leur maintien lorsque le débiteur y consent dans sa requête en réorganisation judiciaire ou ultérieurement au cours de la procédure.

72. Si le débiteur consent au transfert sous autorité de justice au cours de la procédure, les représentants des salariés au sein du conseil d'administration ou conseil de surveillance, ou à défaut du comité mixte d'entreprise, ou à défaut de la délégation compétente du personnel, seront entendus.

73. Consentir audit transfert ou le solliciter sont deux démarches différentes. Le commentaire des articles précise que le transfert est dans cette hypothèse volontaire, c'est-à-dire à la demande du débiteur. L'article 54 du projet de loi ne devrait-il pas être modifié en ce sens : « lorsque le débiteur le demande dans sa requête en réorganisation judiciaire ou ultérieurement au cours de la procédure. » ?

74. La consultation des salariés ou de leurs représentants sur ce point précis doit être inscrite dans le Code du travail.

A la demande du procureur ou d'un créancier ou de tout intéressé

75. Le même transfert peut être ordonné sur citation du procureur d'Etat ou assignation d'un créancier ou de toute personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise.

76. Il faut consulter et informer les salariés ou leurs représentants conformément aux dispositions légales ou conventionnelles en vigueur.

77. Dans le commentaire des articles, il est précisé que le droit de demander un tel transfert est limité au parquet et aux entreprises ayant un intérêt à acquérir l'entreprise pour éviter qu'un concurrent puisse agir en étant uniquement motivé par le souci de diminuer la concurrence. Pourra-t-on réellement éviter ce risque en réservant ce droit aux entreprises ayant un intérêt ? A côté de la concurrence, la sauvegarde de l'emploi devrait également être un objectif à préserver.

78. A cet égard, la consultation des salariés ou de leurs représentants doit être garantie par une modification du Code du travail.

Nomination d'un mandataire de justice

79. Le jugement qui ordonne le transfert désigne un mandataire de justice chargé d'organiser et de réaliser le transfert au nom et pour compte du débiteur.

Sort des contrats de travail [Article 56 du projet de loi]

80. Les droits et obligations qui résultent pour le cédant des contrats de travail existant au moment du transfert de l'entreprise sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire.

81. Le cessionnaire et le cédant ou le mandataire de justice et les organisations syndicales représentatives sur le plan national représentées au sein de la délégation du personnel peuvent convenir, dans le cadre d'une procédure de négociation collective, de modifier les conditions de travail pour préserver l'emploi en assurant en tout ou en partie la survie de l'entreprise ou de ses activités.

82. Le cessionnaire et les salariés peuvent en outre convenir de modifier le contrat de travail individuel, pour autant que ces modifications soient liées principalement à des raisons techniques, économiques ou organisationnelles et pour autant que ces modifications n'imposent pas d'obligations plus lourdes au cessionnaire que celles qui découlent des négociations collectives.

83. Le cédant ou le mandataire de justice informe par écrit le candidat cessionnaire de toutes les obligations se rapportant aux salariés concernés par le transfert et de toutes les actions en cours que ces salariés auraient intentées contre l'employeur.

84. Dans le même temps, il notifie aux salariés individuels les obligations existant à leur égard et communique une copie de cette notification au cessionnaire.

Le cessionnaire ne peut être tenu à des obligations autres que celles communiquées ainsi par écrit. Si les données sont incorrectes ou incomplètes, le salarié a le droit de réclamer des dommages-intérêts au cédant. Le tribunal du travail connaît de ces actions et statue en urgence.

La CSL ne peut se contenter de la possibilité pour les salariés de demander des dommages et intérêts. Ils doivent avoir le droit de demander rectification des données incorrectes ou incomplètes et sus du droit à des dommages et intérêts.

85. Lorsque le transfert est réalisé à la requête d'un tiers ou du ministère public, les dettes existant à la date du transfert et découlant des contrats de travail existant à cette date ne sont pas transférées au cessionnaire, à condition que le paiement de ces dettes soit garanti légalement par le Fonds pour l'Emploi qui garantit les créances du salarié en cas de procédure d'insolvabilité de l'employeur dans les limites de l'article L-126-1 du Code du travail.

86. Le choix des salariés qu'il souhaite reprendre appartient au cessionnaire. Ce choix doit être dicté par des raisons techniques, économiques et organisationnelles et s'effectuer sans différenciation interdite, en particulier sur la base de l'activité exercée en tant que représentant du personnel dans l'entreprise ou la partie d'entreprise transférée.

L'absence de différenciation interdite à cet égard est réputée établie si la proportion de salariés et de leurs représentants qui étaient actifs dans l'entreprise ou la partie d'entreprise transférée et qui sont choisis par le cessionnaire est respectée dans le nombre total de salariés choisis.

87. Notre Chambre s'oppose catégoriquement à cette possibilité offerte au cessionnaire de choisir quels salariés il reprend alors qu'elle est en totale contradiction avec le principe de maintien des droits de tous les salariés en cas de transfert d'entreprise, tel que consacré aux articles L.127-1 et suivants du Code du travail.

Il est impensable que le cessionnaire puisse laisser de côté une partie des salariés, ce d'autant plus que le projet lui laisse une grande marge d'appréciation en précisant que ce choix doit être dicté par des raisons techniques, économiques ou organisationnelles. Or ces termes sont très vagues et extensibles à volonté.

88. La seule limite posée au choix du cessionnaire réside dans les différenciations interdites, « en particulier sur la base de l'activité exercée en tant que représentant du personnel dans l'entreprise ou la partie d'entreprise transférée. L'absence de différenciation interdite à cet égard est réputée établie si la proportion de salariés et de leurs représentants qui étaient actifs dans l'entreprise ou la partie d'entreprise transférée et qui sont choisis par le cessionnaire est respectée dans le nombre total de salariés choisis ».

89. D'une part, l'expression « sans différenciation interdite » n'est pas employée dans le droit luxembourgeois. Elle vise sans doute les discriminations.

90. D'autre part, cet article proposé par le projet de loi va à l'encontre du principe de maintien du contrat de travail en cas de transfert d'entreprise.

En outre notre législation prévoit que, si suite à la faillite de l'employeur, un repreneur reprend l'entreprise dans les 3 mois de la faillite, les contrats de travail des salariés sont repris. La disposition projetée va aussi à l'encontre de ce principe.

En plus elle passe outre la protection des représentants du personnel contre toute résiliation de leur contrat de travail par l'employeur. Cette protection prévue par l'article L. 415-1 du Code du travail a été précisée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 26 mars 2010 de la Cour constitutionnelle, numéro 56 du registre. La Cour constitutionnelle a retenu que, dans l'hypothèse où seule une branche d'activité de l'entreprise, fût-elle la branche principale, est supprimée par l'employeur pour des raisons économiques et où il y a dès lors, corrélativement, maintien d'autres activités de l'entreprise avec maintien de salariés autres

que les délégués du personnel, justifiant la représentation par les délégués, l'équilibre existant entre le principe constitutionnel garantissant la liberté du commerce et de l'industrie et la protection contre un licenciement avec préavis des délégués n'est pas rompu. La décision d'un employeur de supprimer une branche de ses activités ne fait ainsi pas tomber la protection contre le licenciement des salariés délégués du personnel de la branche concernée.

Homologation du transfert de salariés

91. Le cessionnaire, le cédant ou le mandataire de justice peut demander, par requête au tribunal du travail du siège social, ou de l'établissement principal du débiteur, l'homologation du transfert projeté dans la mesure où la convention de transfert concerne les droits établis au présent article. Par le transfert projeté, on entend dans le présent article, outre le transfert même, la liste des salariés à reprendre ou repris, le sort des contrats de travail, les conditions de travail fixées et les dettes.

92. Le tribunal du travail statue en urgence, après avoir entendu les représentants des salariés et le requérant.

93. La CSL comprend que cette homologation n'est pas obligatoire. Il faut d'une part qu'elle soit sollicitée et d'autre part, elle n'est requise que lorsque des droits salariaux sont touchés par le transfert. Qu'en est-il si personne ne demande l'homologation ? Une homologation obligatoire ne serait-elle pas garante d'une plus grande sécurité juridique ?

Vente ou cession des actifs (Article 57 du projet de loi)

94. Le mandataire désigné organise et réalise le transfert ordonné par le tribunal par la vente ou la cession des actifs mobiliers ou immobiliers nécessaires ou utiles au maintien de tout ou partie de l'activité économique de l'entreprise.

95. Il sollicite des offres en veillant prioritairement au maintien de tout ou partie de l'activité de l'entreprise tout en ayant égard aux droits des créanciers. En cas de pluralité d'offres comparables, la priorité est accordée par le tribunal à celle qui garantit la permanence de l'emploi par un accord social négocié.

Dans cette optique, il élabore un ou plusieurs projets de vente concomitants ou successifs, en y exposant ses diligences, les conditions de la vente projetée et la justification de ses projets et en y joignant, pour chaque vente, un projet d'acte.

Il communique ses projets au juge délégué et, par requête contradictoire, notifiée au débiteur deux jours au moins avant l'audience, il demande au tribunal l'autorisation de procéder à l'exécution de la vente proposée.

96. Le tribunal entend les représentants du personnel au sein du conseil d'entreprise ou conseil de surveillance, ou à défaut du comité mixte d'entreprise ou à défaut de la délégation compétente.

Décharge du débiteur de ses dettes (Article 65 du projet de loi)

97. La personne physique dont l'entreprise a été transférée dans sa totalité peut être déchargée par le tribunal des dettes existantes au moment du jugement ordonnant ce transfert, si cette personne est malheureuse et de bonne foi.

98. La CSL s'interroge d'une part quant à l'opportunité de cette possibilité de décharge et d'autre part quant à la notion de « personne malheureuse et de bonne foi ». Le fait de s'être inspiré du droit belge doit s'accompagner d'une vigilance accrue afin d'adapter les notions propres à ce droit à la terminologie nationale.

99. En conclusion, la CSL approuve les mesures préventives proposées par le présent projet de loi, alors qu'il répond à une demande de longue date de sa part.

Elle redoute cependant une certaine complexité procédurale qui pourrait nuire à leur mise en œuvre. Il faudra former les acteurs concernés, véhiculer les informations auprès des entreprises pour les rendre abordables en pratique et inciter à leur utilisation.

La consultation et l'information des salariés ou de leurs représentants prévue à plusieurs reprises dans la mise en œuvre de ces mesures doit être relayée par une consécration dans le titre Iv du Code du travail. En outre, comme exposé supra, les salariés doivent pouvoir être à l'initiative du recours à ces mesures.

2. La procédure de dissolution administrative sans liquidation

100. Le projet de loi instaure une nouvelle procédure de dissolution administrative sans liquidation.

101. Cette procédure est déclenchée à l'initiative du procureur qui reste néanmoins libre d'opter pour cette procédure simplifiée ou la procédure ordinaire.

102. Seules les sociétés commerciales rentrent dans le champ d'application de cette procédure accélérée. Ceci exclut donc le commerçant personne physique ayant exercé son activité commerciale sous nom personnel et l'associé personne physique d'une société en nom collectif, ainsi que la société constituant la succursale luxembourgeoise d'une société étrangère. De même, les établissements financiers et les sociétés exerçant la profession d'avocat restent soumis aux règles ordinaires.

103. Seules sont visées les sociétés remplissant ces trois critères :

- être dépourvues d'actifs ou disposer d'un actif qui est inférieur à un seuil fixé par règlement grand-ducal et qui correspond au coût direct supporté par l'Etat d'une faillite clôturée pour insuffisance d'actifs ou d'une liquidation judiciaire d'une société sans actifs ;
- ne compter aucun salarié ;
- remplir les conditions d'ouverture de la faillite ou de la liquidation ;

104. L'objet de cette procédure est avant tout la rapidité, l'économie d'argent et le désengorgement des tribunaux en permettant une dissolution administrative tout en évitant l'ouverture d'une procédure formelle de faillite ou de liquidation judiciaire complète.

Cette procédure simplifiée sera de la compétence du registre de commerce et des sociétés, qui se verra compléter d'une nouvelle cellule à cette fin.

Les publications relatives à cette procédure pourront se faire via le registre de commerce et des sociétés par voie électronique, au lieu des publications dans les journaux nationaux au coût onéreux.

Si le gestionnaire du RCS constate qu'une des conditions fait défaut, il renvoie le dossier au Procureur d'Etat. Ce dernier saisira le Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale par voie de requête pour une mise en liquidation et par voie de citation pour une demande de mise en faillite.

3. Adaptations ponctuelles du droit des faillites

105. Dans un troisième titre sont regroupées les dispositions concernant les faillites portant modification du Code de commerce.

La majorité des modifications constituent une consécration légale de la pratique. Les autres propositions tendent à apporter quelques changements ponctuels destinés à mettre en garde les dirigeants d'entreprise contre les faillites frauduleuses et à préciser les missions des curateurs.

La banqueroute frauduleuse disparaît

106. Le droit de la faillite connaît plusieurs sanctions pénales : la banqueroute simple, la banqueroute frauduleuse, l'escroquerie, l'abus de confiance ainsi que les dispositions pénales de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

107. Elles sont efficaces lorsqu'elles sont appliquées certes, mais le nombre des cas réellement poursuivis reste modeste. Ceci s'explique en outre par le manque d'effectif auprès des services spécialisés de la Police Grand-ducale et la surcharge de travail du Ministère Public. Pour le surplus, en matière de banqueroute frauduleuse par exemple, qui constitue un crime, l'ouverture d'une instruction est obligatoire, ce qui ralentit et alourdit d'avantage une telle procédure.

108. Le projet de loi supprime donc la différence entre banqueroute simple et banqueroute frauduleuse pour ne conserver que le délit de banqueroute.

109. Les fautes correspondant à la banqueroute frauduleuse seront punies comme la banqueroute simple. Le Code pénal est modifié en conséquence.

Procédures d'insolvabilités européennes

110. Si le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans un autre Etat membre de l'Union européenne, il peut, s'il possède au Grand-Duché de Luxembourg un établissement, y être déclaré en faillite conformément aux dispositions du règlement (CE) No 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

Lorsqu'un débiteur fait l'objet à l'étranger d'une procédure d'insolvabilité, le contenu essentiel de la décision ouvrant la procédure d'insolvabilité et l'identité du syndic désigné sont publiés au Mémorial, s'il possède un établissement au Grand-Duché de Luxembourg.

Curateurs de faillite

111. Est restée à ce jour lettre morte, la possibilité d'instituer une liste des liquidateurs assermentés, les curateurs de faillites ayant toujours été des avocats.

Le projet permet que désormais, les curateurs de faillites soient choisis parmi les avocats inscrits au barreau ou les experts assermentés désignés en tant que mandataires de justice, soit enfin pour des cas exceptionnels et à défaut de liquidateurs assermentés, lorsque la nature et l'importance d'une procédure d'insolvabilité le commandent, les curateurs seront nommés parmi les personnes qui offriront le plus de garanties pour l'intelligence et la fidélité de leur gestion.

112. L'article 455 proposé contient une erreur matérielle : le terme « choisi » y figure deux fois.

113. L'article 455 renvoie à 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 la désignation des experts assermentés.

L'article 456 énonce que peuvent être admis sur cette liste 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.

A quelles fins cet article nomme-t-il en outre des liquidateurs assermentés ? Au moins faudrait-il définir cette notion, comme toutes les fonctions dévolues par le projet de loi : curateur, mandataire de justice, conciliateur d'entreprise, administrateur provisoire.

L'article 459 embrouille davantage les esprits en ajoutant qu' « A défaut de liquidateurs assermentés, lorsque la nature et l'importance d'une procédure d'insolvabilité le commandent, les curateurs seront nommés parmi les personnes qui offriront le plus de garanties pour l'intelligence et la fidélité de leur gestion.

Ces curateurs auront les mêmes droits, les mêmes attributions, et seront soumis à la même surveillance et aux mêmes obligations que s'ils avaient été choisis parmi les liquidateurs assermentés. »

Possible recours à un comptable

114. Les curateurs doivent vérifier et rectifier le bilan si nécessaire. S'il n'a pas été déposé, ils doivent le dresser, à l'aide des livres et papiers du failli et des renseignements qu'ils pourront se procurer, et ils le déposeront au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale.

Le projet leur permet pour autant que l'actif soit suffisant pour en couvrir les frais, avec l'accord du juge-commissaire, de s'adjoindre le concours d'un comptable ou expert-comptable en vue de la confection du bilan.

115. Le recours à un comptable peut également être utile, en dehors de la confection d'un bilan, dans la lecture pure et simple des documents comptables que le curateur pourra trouver. Une lecture par un expert pourrait permettre de reconnaître des indices de fraude, de mauvaise gestion ayant conduit l'entreprise à sa déconfiture qu'un œil moins averti pourrait ignorer.

Action en comblement de passif contre les dirigeants

116. Le projet de loi ajoute le parquet comme personnes pouvant initier l'action en comblement du passif au parquet aux côtés des curateurs.

117. En outre, la notion de faute grave et caractérisée exigée jusqu'à présent est remplacée par celle de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actifs. Le nouvel article s'inspire de la loi française¹⁰.

¹⁰ Article L.651-2 Code de commerce français.

Information du curateur de tout changement d'adresse

118. Afin de faciliter la tâche au curateur qui peinait souvent pour retrouver les créanciers, le failli ou les autres dirigeants de la société, ceux-ci sont désormais obligés de communiquer leur changement d'adresse au curateur qui, à défaut, aura le droit de faire parvenir toute communication à l'ancienne adresse connue.

Omission des salariés

119. Rappelons que selon les dispositions en vigueur le contrat de travail cesse avec effet immédiat si l'employeur fait faillite, ce à compter du jour du prononcé du jugement de déclaration de faillite.

Le salarié a alors droit :

- au maintien des salaires ou traitements se rapportant au mois de la survenance de la faillite ;
- au maintien des salaires ou traitements se rapportant au mois subséquent ;
- à l'attribution d'une indemnité correspondant à 50% du montant auquel il aurait pu prétendre en cas de licenciement avec préavis.

Les rémunérations et indemnités allouées au salarié conformément au paragraphe qui précède, ne peuvent toutefois pas excéder le montant des rémunérations et indemnités auquel il aurait pu prétendre en cas de licenciement avec préavis.

En plus, les créances de salaires, traitements et indemnités se rapportant aux 6 derniers mois de travail et les créances du salarié portant sur des indemnités de toute nature résultant de la rupture du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage doivent être payées avant toutes autres créances privilégiées, y comprises celles garanties par le privilège du Trésor et des autres titulaires de ce privilège, jusqu'à concurrence d'un plafond égal au sextuple du salaire social minimum de référence. La notion de « superprivilège » des salaires fait référence à cette protection minimale.

Sont ainsi garanties jusqu'à concurrence du plafond les créances des rémunérations et indemnités de toute nature dues au salarié à la date du jugement déclaratif de faillite pour les 6 derniers mois de travail effectif et celles résultant de la rupture du contrat de travail.

Pour pouvoir toucher ces montants, le salarié doit établir une déclaration de créance laquelle doit être déposée au greffe du tribunal de commerce qui a prononcé la faillite.

Si les montants déclarés peuvent être payés par le curateur sur les fonds disponibles de la faillite, le curateur les versera au salarié.

Cependant, s'ils ne peuvent être payés en tout ou partie sur les fonds disponibles dans les 10 jours qui suivent le jugement de faillite, le Fonds pour l'emploi peut avancer au salarié un montant correspondant au maximum au sextuple du salaire social minimum, comme exposé ci-dessus.

120. La CSL regrette que le projet de loi ayant pour objet de réformer le droit des faillites ne renforce pas les droits des salariés.

121. Un premiers pas avait certes été amorcé en 2012¹¹ avec une modification des articles L.126-1 et L.541-1 du Code du travail afin de :

- permettre aux salariés affectés par une faillite et présentant des arriérés de salaires correspondant aux six derniers mois de travail au maximum, de faire valoir

¹¹ Loi du 19 avril 2012 modifiant les articles L. 126-1 et L. 541-1 du Code du travail, Mémorial A du 30 avril 2012, page 930.

personnellement leurs droits auprès de l'Administration de l'emploi et ce immédiatement après le prononcé de la faillite

- permettre un placement rapide des salariés touchés par une faillite par la suppression de toute obligation en matière de durée d'inscription auprès de l'Administration de l'emploi par rapport à l'éligibilité aux aides à l'embauche prévues à l'article L.541-2 du Code du travail.

En vue d'un placement rapide des salariés touchés par une faillite, cette même loi a prévu, pour cette catégorie de personnes, de supprimer toute obligation en matière de durée d'inscription auprès de l'Administration de l'emploi par rapport à l'éligibilité aux aides à l'embauche.

L'article L. 541-1 prévoyait avant la loi de 2012 que le fonds pour l'emploi rembourse aux employeurs les cotisations de sécurité sociale, part employeur et part assuré, pour les chômeurs embauchés, qu'ils soient indemnisés ou non indemnisés, à condition qu'ils soient âgés de quarante-cinq ans accomplis et qu'ils soient inscrits comme demandeurs d'emploi auprès d'un bureau de placement de l'Administration de l'emploi depuis au moins un mois.

Les demandeurs d'emploi âgés de quarante à quarante-quatre ans accomplis doivent être inscrits comme demandeurs d'emploi auprès d'un bureau de placement de l'Administration de l'emploi depuis trois mois au moins et ceux âgés de trente à trente-neuf ans accomplis depuis douze mois au moins.

La condition d'inscription auprès d'un bureau de placement de l'Administration de l'emploi ne s'applique pas aux demandeurs d'emploi âgés de quarante ans accomplis et affectés par un plan de maintien dans l'emploi homologué par le ministre ayant l'Emploi dans ses attributions.

La loi de 2012 a ajouté à cette exception celle des personnes dont le contrat de travail a cessé avec effet immédiat suite à une mise en faillite de leur employeur.

La dispense d'une période d'inscription minimale comme demandeur d'emploi a également été accordée aux employeurs ayant embauché un salarié ayant perdu son emploi suite à la faillite de son dernier employeur, faillite postérieure au 1er juin 2011, sans que ce salarié ait été inscrit comme demandeur d'emploi.

122. L'article L.126-1 du Code du travail prévoyait avant la loi de 2012 qu'en cas de faillite de l'employeur, le Fonds pour l'emploi garantit les créances résultant du contrat de travail sous certaines conditions et dans certaines limites.

Ainsi sont garanties jusqu'à concurrence d'un plafond égal au sextuple du salaire social minimum de référence (article 2101 du code civil), les créances des salaires et indemnités de toute nature dues au salarié à la date du jugement déclaratif de la faillite pour les six derniers mois de travail et celles résultant de la rupture du contrat de travail.

Sont considérées les créances de salaire et d'indemnité, déduction faite des retenues fiscales et sociales obligatoires en matière de salaires.

Le droit à la garantie s'ouvre pour le salarié, lorsque les créances visées ci-dessus ne peuvent être payées, en tout ou en partie, sur les fonds disponibles dans les dix jours qui suivent le prononcé du jugement déclaratif de la faillite.

Le paragraphe 6 de l'article L.126-1 précisait avant la modification intervenue en 2012 qu'à la demande du curateur, le Fonds pour l'emploi verse aux salariés, dans les limites exposées ci-dessus, les sommes impayées figurant sur le relevé des créances présenté par le curateur, visé par le juge-commissaire et vérifié par l'Administration de l'emploi.

Alors que dans la pratique la procédure, en passant nécessairement par le curateur, le juge commissaire, les services compétents de l'Administration de l'emploi, la comptabilité du

Ministère du travail et de l'emploi, le Contrôle financier et la Trésorerie de l'Etat, prend souvent plusieurs semaines, il arrive fréquemment que le salarié créancier risque de rester sans revenu pendant une période pouvant aller jusqu'à plusieurs mois.

Afin de remédier à ce problème, a été introduite une procédure simplifiée permettant à ces salariés de faire valoir personnellement leurs droits auprès de l'Administration de l'emploi et ce immédiatement après le prononcé de la faillite. Ainsi ils pourront, sous certaines conditions, se voir verser, dans de très brefs délais et dans le respect des limites légales, des avances sur leurs salaires impayés, leur permettant de subvenir à leurs besoins quotidiens, en attendant le décompte définitif et le versement de la somme totale garantie par le Fonds pour l'emploi.

Un nouveau paragraphe avait été ajouté à l'article L.126-1(6) du Code du travail, qui énonce que le salarié créancier peut, si sa créance représente plus de la moitié du salaire mensuel, calculé sur la moyenne des trois derniers mois précédant le mois de la déclaration de la faillite de son employeur, déposer une copie de sa déclaration de créance concernant les arriérés de salaire auprès des services compétents de l'Administration de l'emploi.

Après vérification par l'Administration de l'emploi des pièces versées, le Fonds pour l'emploi peut, à concurrence d'un maximum de 75% du double plafond des six salaires des six derniers mois de travail et de six fois le salaire social minimum de référence, verser une avance sur les créances correspondant aux arriérés de salaire garantis.

123. La mise en place d'un tel système était d'autant plus importante que, du fait du calcul effectué par les services de l'ADEM, le salarié concerné touchera les indemnités de chômage au plus tôt deux mois après le jour de la mise en faillite.

Ainsi dans l'attente du paiement des rémunérations et indemnités rédues au titre de la faillite, soit par le curateur, soit à défaut, par le Fonds pour l'emploi, le salarié n'aura pas de revenu pour le mois de la survenance de la faillite, pour le mois subséquent ainsi que pour une partie du mois qui suit jusqu'au premier jour où il a droit au paiement des indemnités de chômage (date de la faillite plus deux mois).

124. Les rémunérations et indemnités étant, en vertu des dispositions de l'article L.125-1 du Code du travail, limitées en cas de faillite au montant des indemnités et rémunérations auxquelles le salarié pourrait prétendre en cas de licenciement avec préavis, l'ADEM accordera le bénéfice des indemnités de chômage du salarié au plus tôt exactement deux mois calculés à partir du jour du jugement déclaratif de faillite (pour le salarié ayant moins de cinq ans d'ancienneté), sous prétexte que les sommes rédues au titre de la survenance de la faillite sont à qualifier d'arriérés de salaires.

Ce raisonnement fait que, plus la faillite intervient tard dans le mois, plus la période pendant laquelle le salarié est privé de ressources, est importante.

Prenons un exemple :

Admettons qu'il y a mise en faillite le 28 septembre 2013. Le salarié ayant moins de cinq ans d'ancienneté de service touchera les indemnités de chômage à partir du 28 novembre 2013.

Pendant presque trois mois entiers il sera privé de revenus : les salaires des mois de septembre (mois de la survenance de la faillite) et octobre (mois subséquent) seront à charge du curateur, voire du fonds pour l'emploi, lesquels n'interviendront que très tardivement, une fois les procédures judiciaires et administratives achevées.

N'oublions pas que dans ce genre de situation, très souvent les salaires des derniers mois de travail avant la faillite n'ont pas non plus été versés aux salariés.

Afin d'éviter ces situations, qui entraînent une énorme précarité pour les salariés concernés et qui souvent viennent agrandir la détresse de familles entières, il s'avérait très important d'organiser légalement l'intervention par provision du Fonds pour l'emploi.

125. La CSL estime en outre que le législateur devrait encore aller plus loin et fixer dans la législation le principe que l'ouverture du droit aux indemnités de chômage doit coïncider avec la date de la faillite. Il est en effet difficilement concevable que des personnes sans ressources, n'ayant souvent pas touché plusieurs salaires, en attente de l'aboutissement des procédures légales avant de pouvoir espérer percevoir éventuellement la totalité de leurs arriérés, se voient en outre refuser le bénéfice des indemnités de chômage pendant plusieurs mois tel que c'est la pratique actuellement.

126. Aussi, en cas de faillite, lors du recouvrement de leur dû, il serait souhaitable de placer l'ensemble des créances des salariés, en ce compris la partie non garantie par le Fonds pour l'emploi (au-delà du plafond égal au sextuple du salaire social minimum), au tout premier rang des privilèges établis par le Code civil. Ceci aurait le mérite d'éviter que les liquidités résultant de la réalisation des actifs subsistants ne soient complètement absorbés, par exemple, par le Trésor.

127. Enfin, les droits des salariés en cas de faillite devraient être au moins similaires aux droits des salariés licenciés pour motif économique.

En effet, les droits des salariés touchés par une faillite sont moindres que ceux des salariés licenciés pour motif économique, voire pour faute (indemnité unique en cas de faillite, période de maintien de salaires réduite, plafonnement des créances, etc.), et la différence de traitement s'accroît considérablement avec l'ancienneté du salarié.

128. Pour finir la CSL se doit de rappeler l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) du 3 mars 2011, affaires Claes, Jeanjean, Rémy, Schneider, Tran contre Landsbanki Luxembourg S.A (affaires jointes C-235/10 à C-239/10).

Dans ces affaires la CJUE a jugé que la directive CE 98/59 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatifs aux licenciements collectifs couvre les licenciements collectifs à la suite d'une cessation des activités de l'établissement résultant d'une décision de justice.

Cet arrêt semble remettre en question la législation luxembourgeoise, qui prévoit la résiliation avec effet immédiat de plein droit des contrats de travail des salariés en cas de faillite de l'employeur.

Dans cet arrêt la CJUE répond en effet aux deux questions préjudicielles suivantes que la Cour de Cassation luxembourgeoise lui avait posé dans le cadre du litige opposant au niveau national la Landsbanki en liquidation judiciaire à quelques-uns de ses salariés dont les contrats de travail avaient été résiliés du fait de cette liquidation :

- dans quelle mesure la législation européenne sur les licenciements collectifs est applicable à une cessation des affaires par suite d'une déclaration de faillite ou mise en liquidation judiciaire alors que la loi nationale prévoit une résiliation immédiate des contrats de travail ;
- dans quelle mesure le curateur ou le liquidateur pouvait être assimilé à un employeur envisageant un licenciement collectif, et donc était tenu d'accomplir les obligations prévues par la Directive, à savoir notamment l'obligation de consulter les représentants des salariés et négocier un accord.

Sur la première question, la CJUE a jugé que le champ d'application de la Directive couvre les licenciements collectifs à la suite d'une cessation des activités de l'établissement qui résulte d'une décision de justice ordonnant sa dissolution et sa liquidation pour insolvabilité.

Sur la seconde question, la Cour a jugé que tout établissement était tenu de s'acquitter des obligations prévues par la directive jusqu'à la date de la cessation définitive de l'existence de sa personnalité morale, que la gestion de cet établissement soit assurée par la direction (lorsqu'elle reste en place, même avec des pouvoirs limités) ou qu'elle soit reprise entièrement par un curateur ou liquidateur.

Cet arrêt remet donc en question le principe de cessation de plein droit des contrats de travail en cas de faillite de l'employeur.

Suite à la décision européenne, la Cour de Cassation nationale a dans son arrêt du 27 octobre 2011 no 62/11, cassé et annulé l'ordonnance rendue par le Président de la Cour d'appel de Luxembourg dans les affaires opposant la Landsbanki en liquidation judiciaire contre certains de ses salariés.

La CSL estime qu'il appartient au législateur national d'adapter les dispositions nationales et de modifier l'article L.125-1 du Code du travail de manière à limiter la résiliation avec effet immédiat des contrats de travail aux seuls cas de cessation des affaires par suite du décès ou d'incapacité physique de l'employeur.

A l'avenir, en cas de décision judiciaire de dissolution et liquidation pour insolvabilité, y compris donc de déclarations de faillite, l'employeur ou, le cas échéant, le curateur ou liquidateur, devrait être tenu, avant de notifier la fin des contrats, de procéder aux consultations avec les représentants des salariés en vue d'aboutir à un accord. Selon l'article 2.2 de la directive les consultations doivent au moins porter sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences par le recours à des mesures sociales d'accompagnement visant notamment l'aide au reclassement ou à la reconversion des salariés licenciés.

4. Modifications diverses

4.1. **Modification de la loi du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre**

129. Le projet de loi prévoit une simple adaptation de l'article existant¹² afin que les tableaux des protêts soient communiqués par les receveurs de l'enregistrement non seulement aux greffes des tribunaux d'arrondissement mais également aux deux chambres professionnelles patronales. Ces tableaux pourront y être consultés sur place.

4.2. **Modification de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales**

130. Le projet propose une nouvelle mesure de prévention, à savoir l'interdiction de procéder à des avances aux actionnaires.

Fréquemment le capital de la société est en quelque sorte extourné aux fondateurs dès après la constitution de la société, sous forme d'avance aux actionnaires, sortes de prêts sans intérêts octroyés aux actionnaires. Une telle pratique a pour effet de vider la société de sa substance en ce qui concerne le capital social d'où la nécessité d'interdire de telles pratiques en règle générale.

Le principe de l'interdiction doit toutefois être atténué pour les sociétés qui dans le cadre d'un groupe de sociétés ont une activité de financement des sociétés du groupe, ce qui comprend éventuellement les actionnaires.

Trois conditions sont posées pour que l'interdiction soit levée :

- l'opération entre dans l'objet de la société,
- il s'agit d'une opération courante,
- les conditions de l'opération sont des conditions normales.

Les termes utilisés pour délimiter les conditions ont volontairement un certain caractère de généralité, ce qui permet une appréciation flexible au cas par cas. Ces termes sont inspirés des jurisprudences et doctrines françaises en matière de contrats conclus entre les sociétés d'un groupe.

¹² Article existant tel que modifié : « Dans les dix premiers jours de chaque mois, les receveurs de l'enregistrement envoient au magistrat président la chambre du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale dans le ressort duquel le protêt a été dressé, ainsi qu'au secrétariat du Comité de conjoncture, à la Chambre de Commerce et la Chambre des métiers un tableau des protêts des lettres de change acceptées et des billets à ordre enregistrés dans le mois précédent. Ce tableau contient :

1° la date du protêt ;

2° les nom, prénoms, profession et domicile de celui au profit duquel l'effet est créé ou du tireur ;

3° les nom, prénoms, profession et domicile du souscripteur du billet à ordre ou de l'accepteur de la lettre de change ;

4° la date de l'échéance ;

5° le montant de l'effet ; et

6° la réponse donnée au protêt.

Semblable tableau est également envoyé au magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale du souscripteur d'un billet à ordre ou de l'accepteur d'une lettre de change, si ce domicile est situé dans le Grand-Duché de Luxembourg dans un ressort judiciaire autre que celui où le paiement doit être effectué.

Ces tableaux restent déposés aux greffes respectifs desdits tribunaux ainsi qu'à la Chambre de commerce et la Chambre des métiers où chacun peut en prendre connaissance. »

4.3. La loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat

Cette loi institue une responsabilité personnelle et pécuniaire des receveurs des administrations fiscales afin de recouvrer les créances dues au Trésor.

Le projet soumis pour avis décharge les receveurs desdites administrations de l'obligation de recouvrer les sommes revenant au Trésor mais qui n'ont pas pu être recouvrées suite à des décisions faites dans le cadre de la future loi.

4.4. Secret fiscal

131. Le projet délie les fonctionnaires de l'Administration des contributions directes et ceux de l'Administration de l'enregistrement et des domaines de l'obligation à laquelle ils sont astreints s'agissant du secret fiscal des informations dont ils sont détenteurs. Cette décharge vise les informations échangées et transmises lors de l'application de la future loi.

* * *

132. En conclusion, si de manière globale, la CSL approuve la réforme proposée, sous réserve des remarques formulées dans le présent avis, elle s'oppose à la proposition du projet tendant à laisser au repreneur d'une entreprise en difficulté le choix quant aux salariés qu'il veut reprendre.

La CSL insiste en outre particulièrement sur deux points qu'elle considère comme essentielles au succès de cette réforme.

D'une part, elle souhaite que le législateur mette davantage l'accent sur les mesures préventives en les rendant d'une part plus accessibles et d'autre part plus contraignantes de sorte à éviter, dans la plus large mesure, la mise en faillite d'entreprises.

Parallèlement, elle est d'avis qu'il est indispensable de modifier plus profondément la législation en matière de faillite lorsqu'elle est inévitable afin d'améliorer le sort des salariés touchés par cette désastreuse situation.

Luxembourg, le 23 avril 2013

Pour la Chambre des salariés,

La direction



René PIZZAFERRI



Norbert TREMUTH

Le président



Jean-Claude REDING

L'avis a été adopté à l'unanimité.