

Luxembourg, le 5 décembre 2011.

Objet: Amendements gouvernementaux au projet de loi n° 6021 sur le surendettement. (3496bisZCH)

*Saisine : Ministre de la Famille et de l'Intégration
(4 novembre 2011)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

L'objet du projet de loi n° 6021 sur le surendettement est de procéder à une modification des procédures prévues dans le cadre de la loi modifiée du 8 décembre 2000 relative au surendettement et, en particulier, d'introduire un régime de faillite civile en droit luxembourgeois.

Le projet de loi initial avait été soumis à la Chambre de Commerce le 7 avril 2009, qui avait émis son avis le 27 janvier 2010. Suite aux nombreuses critiques et propositions formulées par le Conseil d'Etat dans son avis du 22 juin 2010 et les instances judiciaires consultées, le Ministère de la Famille et de l'Intégration a estimé utile de proposer des amendements substantiels au projet de loi susmentionné.

La Chambre de Commerce s'étant déjà prononcée sur le projet de loi, elle se limitera à l'analyse des amendements gouvernementaux.

Considérations générales

En vue de répondre aux nombreuses critiques et propositions formulées à l'égard du projet de loi initial sur le surendettement, les auteurs proposent pas moins de 45 amendements gouvernementaux qui, aux yeux de la Chambre de Commerce, améliorent considérablement les procédures (i) de règlement conventionnel, (ii) de redressement judiciaire et (iii) de rétablissement personnel tout en introduisant les innovations suivantes :

- définition d'une liste de créanciers « prioritaires » qui continueront à être payés nonobstant toute procédure de règlement collectif de dettes ou remise/effacement de dettes, à savoir en matière de (i) créances alimentaires, (ii) loyer, (iii) fournisseurs de services et produits essentiels à une vie digne et (iv) dommages et intérêts dus suite à des actes de violences ;
- mise en place d'un régime de protection des cautions et garants qui pourront (i) bénéficier des mesures de remise/effacement de dettes consenties au débiteur et (ii) remettre en cause le contrat de cautionnement lorsque le montant garanti est disproportionné aux biens et revenus dont ils disposaient lors de la conclusion du contrat ;
- l'introduction pour le créancier d'une action en contestation de la remise de dette en cas de retour à meilleure fortune du débiteur dans les 10 ans suivant le jugement portant effacement des dettes ;

- la possibilité pour un individu de (re)demander l'effacement des dettes 10 ans après un jugement portant effacement des dettes ;
- simplification des modalités d'accès au répertoire « spécial » du surendettement et extension de la période d'inscription et d'enregistrement des information/avis/décisions dans ledit répertoire à 10 ans ;
- l'introduction d'un chapitre relatif aux recours ouverts contre les décisions et jugements en matière de surendettement ;
- abandon du caractère « excusable » du débiteur failli et limitation des poursuites des créanciers après la clôture de la faillite à l'encontre du seul débiteur failli ayant été condamné pour banqueroute.

Bien que certaines de ces améliorations recueillent l'approbation de la Chambre de Commerce, elle regrette qu'il n'ait été aucunement tenu compte par les auteurs des amendements gouvernementaux des remarques et oppositions fondamentales formulées dans son avis du 27 janvier 2010 qui, par conséquent, restent pertinentes dans le cadre du présent avis.

Sans vouloir réitérer ses observations faites à l'égard du projet de loi initial, la Chambre de Commerce se doit de faire remarquer (i) que les amendements gouvernementaux ne contiennent, à l'instar du projet de loi initial, aucune mesure de prévention du surendettement et (ii) que les derniers chiffres disponibles du SICS Inter-Actions et du Fonds d'assainissement en matière de surendettement confirment les interrogations émises par elle quant à l'adéquation de la mesure envisagée par le projet de loi aux besoins réels de notre société. Il ressort en effet du rapport d'activité 2010 du SICS Inter-Actions que seules 8 nouvelles requêtes en redressement judiciaire ont été introduites suite à l'échec de la procédure de règlement conventionnel (sur ces 8 dossiers de surendettement, combien seraient éligibles à la procédure de rétablissement personnel ?) et que les avoirs du Fonds d'assainissement au 1^{er} janvier 2011 furent de 397.755 euros¹ sur les 447.000 euros mis à la disposition du Fonds lors de sa création en l'an 2000. Il conviendrait partant qu'il soit davantage recouru au Fonds d'assainissement dans le cadre de la gestion des dossiers de surendettement.

En ce qui concerne l'introduction de créanciers prioritaires, les auteurs des amendements suivent l'avis du Conseil d'Etat et soutiennent l'idée implicite que certains créanciers limitativement énumérés peuvent être favorisés. Cette innovation, qui aux yeux de la Chambre de Commerce repose uniquement sur des considérations humanitaires, va à l'encontre du principe d'égalité de traitement des créanciers (selon leur rang) et risque d'être ressentie par certains créanciers comme étant discriminatoire à leur égard alors que cette mesure peut mettre en échec leur espérance de se voir rembourser un jour si le solde restant après paiement des créanciers prioritaires devait s'avérer insuffisant.

¹ Source : projet de loi n° 6350 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2012 pg 573

La Chambre de Commerce relève également que le projet de loi permet au juge d'exempter la résidence principale du propriétaire surendetté du plan de liquidation, ce qui entraîne *de facto* l'impossibilité pour les établissements bancaires ayant financé l'acquisition de ladite résidence de recouvrer leur créance. Les amendements gouvernementaux renforcent davantage l'inégalité entre créanciers alors qu'ils prévoient le paiement prioritaire par le locataire surendetté de son loyer au créancier bailleur, ce dernier se trouvant particulièrement avantagé par rapport au créancier ayant financé l'acquisition de la résidence du propriétaire surendetté et qui perçoit également une sorte de « loyer » mensuel en remboursement du crédit immobilier octroyé.

La Chambre de Commerce comprend de la mesure envisagée qu'il est important de permettre au débiteur surendetté de continuer à bénéficier d'un logement et de disposer des services et produits essentiels à une vie digne et n'entend en aucune façon s'y opposer. Le texte dans sa teneur actuelle mérite pourtant d'être complété de façon à ce que les créances prioritaires payées par le débiteur surendetté, lequel n'est pas dessaisi du pouvoir de gestion de son patrimoine, soient soumises à un strict contrôle par la Commission de médiation en charge d'apprécier le critère d'absolue nécessité d'une dépense au titre de la dignité et qu'il puisse être convenu avec, voire imposé au débiteur surendetté de consentir de faire des efforts dans son mode de consommation, ceci en vue d'éviter les abus.

En ce qui concerne la possibilité pour une personne de redemander le bénéfice de l'effacement des dettes 10 ans après un jugement portant effacement des dettes, la Chambre de Commerce se doit de souligner qu'une telle disposition ne constitue pas une solution constructive pour le débiteur. Si celui-ci a déjà dû recourir aux dispositions relatives au surendettement et qu'une « deuxième chance » lui ait été offerte, il importerait de mettre en œuvre des mesures de prévention de sorte à éviter que cette personne ne se trouve à nouveau dans la même situation financière. Aux yeux de la Chambre de Commerce, une éducation financière et une assistance dans la gestion quotidienne sont des remèdes permettant de prévenir des situations de surendettement. Aussi, la Chambre de Commerce ne peut approuver au principe d'une répétition des effacements de dettes et insiste pour que des solutions alternatives de prévention soient mises en œuvre.

En ce qui concerne les cautions et les garants du débiteur surendetté, les amendements gouvernementaux entendent leur faire bénéficier des mêmes protections que le débiteur principal. Il aurait en effet été inéquitable que le projet de loi se limite à protéger le débiteur et ne se préoccupe pas des situations où la caution se trouve elle-même dans une situation précaire en raison de son engagement. S'il est vrai que les membres de famille et les proches du débiteur s'engagent solidairement, souvent par affection et sans réellement se rendre compte de la portée de leur acte ou du niveau d'endettement auquel ils peuvent devoir faire face, cette situation ne saurait cependant être généralisée.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, les mesures de protection des cautions et garants introduites par les amendements gouvernementaux remettent en cause les principaux fondamentaux régissant notre droit contractuel, à savoir l'autonomie de la volonté, la force obligatoire des contrats et l'exécution de bonne foi. Dans leur teneur actuelle, ces mesures réduisent à néant toute chance pour le créancier ayant pris le soin de garantir sa créance auprès d'un tiers, de se voir rembourser alors que tant son débiteur que le garant sont en dehors de toute portée judiciaire et peut entraîner des crédits plus onéreux voire des réticences dans la dispense de crédits, ce que les auteurs n'ont peut-être pas pris en compte à suffisance.

La Chambre de Commerce estime que d'autres moyens de protection des cautions et garants sont envisageables, notamment en assurant une information plus poussée de la caution. Des obligations renforcées à la charge des créanciers pourraient permettre une meilleure information de la caution quant aux risques liés à son engagement, la dette couverte et la possibilité de dénoncer son engagement.

Si les auteurs des amendements gouvernementaux entendent maintenir leur proposition, la Chambre de Commerce estime qu'il conviendrait de limiter la faveur faite aux cautions et garants aux seules situations dans lesquelles le fait pour ces derniers d'honorer les engagements du débiteur surendetté risque de mettre en péril leur propre situation financière. Les amendements font en effet abstraction du fait que la situation financière de la caution peut parfaitement permettre à celle-ci d'honorer ses engagements.

En ce qui concerne le répertoire « spécial » du surendettement, la Chambre de Commerce note que la volonté du gouvernement est qu'il centralise l'intégralité de la documentation relative à un débiteur surendetté et que les établissements financiers puissent, le cas échéant, y avoir accès dans le cadre de l'évaluation de la solvabilité d'une personne désireuse d'obtenir un crédit. Pour autant que cette mesure soit louable et puisse éviter que des personnes déjà très endettées s'enfoncent davantage dans la spirale infernale du surendettement, rien n'empêchera ces personnes d'aller demander un énième crédit à un établissement financier moins regardant au-delà de nos frontières.

La Chambre de Commerce relève également, d'un point de vue purement légistique, que le projet de loi tel qu'amendé ne prévoit pas de base légale à l'obligation de déposer les recommandations de la Commission de médiation, les décisions prises en matière de redressement judiciaire et le jugement de clôture de la procédure de rétablissement personnel au répertoire, et suggère d'y remédier.

En ce qui concerne enfin l'abandon du caractère excusable du commerçant failli, la Chambre de Commerce ne peut que s'en satisfaire puisqu'il rejoint les critiques formulées dans son avis du 27 janvier 2010. Les auteurs des amendements proposent que seuls les commerçants faillis ayant été condamnés pour banqueroute simple ou frauduleuse puissent faire l'objet de poursuites par les créanciers à l'issue de la clôture de la procédure de faillite, à l'exclusion donc des commerçants honnêtes victimes d'un échec.

La Chambre de Commerce se félicite que la politique de la « deuxième chance » prônée au niveau européen à travers le *Small Business Act* soit ainsi consacrée textuellement dans la législation luxembourgeoise, et est d'avis que les entrepreneurs ayant essuyé un échec ont tiré de précieux enseignements de leurs erreurs et évaluent mieux les risques et perspectives d'un nouveau projet. En effet, se convertir à l'idée qu'une faillite apporte nécessairement une expérience à l'entrepreneur favorisera le développement de l'entrepreneuriat, source de création d'emplois dont nous avons crucialement besoin pour stabiliser la situation économique de notre pays et celle de l'Union européenne.

Pour conclure, la Chambre de Commerce estime que le projet de loi tel qu'amendé assure un certain équilibre entre les intérêts légitimes des créanciers d'une part, et la protection des débiteurs surendettés et de leurs garants d'autre part, et félicite le gouvernement d'être parvenu à élaborer un texte de compromis. Elle se doit néanmoins d'insister sur le fait que la recherche de solutions à certaines situations exceptionnelles de surendettement ne doit pas remettre en cause des principes fondamentaux de notre droit civil.

Commentaire des articles

Pour faciliter la lecture du présent avis, la Chambre de Commerce propose de se référer dans ses observations aux articles du texte coordonné annexé aux amendements gouvernementaux et tenant compte des dispositions de la loi modifiée du 8 décembre 2000 sur le surendettement (ci-après la « Loi »).

Concernant l'article 3

L'article 3 de la Loi énumère les obligations auxquelles une personne ayant présenté un dossier de surendettement doit se soumettre durant une période dite « de bonne conduite ».

La Chambre de Commerce relève au paragraphe (1) de l'article 3 que le texte coordonné fait apparaître le remplacement du terme « *période* de bonne conduite » par « obligation de bonne conduite », conformément à la suggestion du Conseil d'Etat, mais sans que ce changement n'ait fait l'objet d'un amendement formel.

La Chambre de Commerce relève également que les exceptions listées au quatrième tiret du paragraphe (2) de l'article 3, permettant au débiteur surendetté de favoriser certains créanciers prioritaires, ne correspond pas intégralement à la liste des exceptions stipulée à l'article 42 de la Loi prévoyant que le débiteur pourra également continuer à payer « *le terme courant relatif à une voie d'exécution diligentée contre le débiteur du chef du paiement des dommages et intérêts alloués suite à des actes de violence volontaires, pour le préjudice corporel subi* ».

En cas de violation de la période de bonne conduite par le débiteur surendetté, le paragraphe (3) de l'article 3 fait référence aux dispositions de l'article 43. La Chambre de Commerce note que la référence à l'article 43 de la Loi, traitant du secret professionnel auquel sont astreints les intervenants de services sociaux, est sans doute erronée et qu'il convient de renvoyer à l'article 44 qui traite de la révocation des décisions en matière de surendettement.

Concernant l'article 7

L'article 7 de la Loi traite des modalités d'établissement du plan de règlement conventionnel.

Au premier tiret de l'alinéa 5 de l'article 7 paragraphe (1), il convient de rajouter les termes « les noms et qualités des créanciers... », tels qu'ils figurent aux tirets suivants.

La Chambre de Commerce relève au paragraphe (2) de l'article 7 que les auteurs des amendements gouvernementaux ont suivi les recommandations du Conseil d'Etat et des institutions judiciaires en ce qui concerne le quorum nécessaire à l'acceptation du plan de règlement conventionnel, à savoir au moins soixante pourcent du nombre de créanciers représentant soixante pourcent de la masse des créances.

Pour autant que la proposition de la Chambre de Commerce n'a pas été retenue d'appliquer, par parallélisme et par souci de simplification, le quorum requis en matière de concordat préventif de la faillite et à la procédure de sursis en paiement, elle se doit de réitérer son observation, reprise par le Conseil d'Etat, à l'égard de l'utilisation inappropriée du terme « [plan] considéré comme *accepté* par tous les créanciers ». Il convient en effet d'utiliser le terme « [plan] considéré comme *opposable* à tous les créanciers » afin (i) de garantir l'accès aux voies de recours au créancier non-acceptant et (ii) d'être en cohérence avec la formulation retenue au nouvel alinéa 2 du paragraphe (2) de l'article 7 relative à la présomption d'adhésion au plan de règlement conventionnel des créanciers qui n'auraient pas manifesté leur désaccord.

Le paragraphe (4) de l'article 7 prévoit la possibilité pour la Commission de médiation de proposer la suspension de l'exigibilité des créances pour une durée ne pouvant excéder une année. A la lecture du projet d'article 23 paragraphe (4) de la Loi, la Chambre de Commerce note que la durée d'inscription des recommandations de la Commission de médiation au répertoire « spécial » est fixée à 10 ans, sans qu'une disposition du projet ne prévoit l'obligation de publication desdites recommandations, et suggère d'y remédier.

Concernant les articles 9 à 15 et 19

Les articles 9 à 15 de la Loi (chapitre 3) traitent du redressement judiciaire qui peut être engagé par le débiteur devant le juge de paix en cas d'échec de la procédure de règlement conventionnel.

L'article 19 de la Loi règle les modalités relatives à la clôture de la procédure de rétablissement personnel.

Comme le relève la Chambre de Commerce dans ses considérations générales, ni le chapitre 3 tel qu'amendé de la Loi ni l'article 19 ne contiennent une disposition prévoyant la publication au répertoire « spécial » des décisions prises en matière de redressement judiciaire, respectivement du jugement de clôture de la procédure de rétablissement personnel et suggère d'y remédier.

Concernant l'article 23

L'article 23 de la Loi a pour objet la création d'un répertoire « spécial » centralisant les avis et informations établis en matière de procédure de règlement collectif des dettes.

La Chambre de Commerce note que si le paragraphe (4) de l'article 23 de la Loi précise les durées d'inscription des divers documents, aucune disposition ne prévoit préalablement l'obligation de publication au répertoire (i) des plans de redressement judiciaires, (ii) des plans établis à des fins probatoires, (iii) de la décision de clôture de la procédure de rétablissement personnel, ni (iv) des recommandations de la Commission de médiation relatives au moratoire. Il convient partant d'y remédier afin de donner un base légale à l'obligation de dépôt des documents au répertoire.

Concernant les articles 27 et 28

Les articles 27 et 28 de la Loi fixent la composition et les attributions de la Commission de médiation.

S'il échet de relever que la liste des attributions de la Commission de médiation a été reprise de l'article 2 du règlement grand-ducal du 17 juillet 2001 portant organisation et fonctionnement de la Commission de médiation dans le cadre de la loi sur le surendettement (sans que ce dernier ne fasse l'objet d'une abrogation) d'une part, et complétée de sept nouvelles attributions d'autre part, la Chambre de Commerce estime que le pouvoir de la Commission de médiation de proposer un moratoire sur l'exigibilité de la créance trouve sa base légale dans la compétence attribuée à l'avant-dernier tiret de l'article 28 de la Loi, à savoir « *proposer aux parties toutes les mesures nécessaires en vue de l'établissement et de la réalisation du plan de redressement* ». Le projet de loi tel qu'amendé reste toutefois muet quant à l'obligation de publication des recommandations de la Commission de médiation et la Chambre de Commerce se doit de réitérer sa recommandation faite à l'endroit de l'article 7 paragraphe (4) et de suggérer d'y remédier.

Concernant l'article 30

L'article 30 de la Loi liste les sources de revenus du Fonds d'assainissement en matière de surendettement.

Comme le relève à juste titre le Conseil d'Etat, le nouveau tiret complétant la liste est superflu en ce que cette disposition a déjà fait l'objet d'une insertion dans la Loi par la loi du 21 décembre 2001 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2002 et mérite partant d'être supprimée par les amendements gouvernementaux.

Concernant l'article 32

L'article 32 de la Loi fixe le montant maximal des prêts à 1.735 euros au nombre cent de l'indice pondéré du coût de la vie au 1^{er} janvier 1948, soit actuellement un peu plus de 13.700 euros².

La Chambre de Commerce réitère sa demande de voir ce montant augmenté à 2.000 voire 2.500 euros au moins, permettant ainsi de mieux répondre au besoin de consolidation toutes les dettes non financières d'un débiteur surendetté et partant assurer une plus grande participation du Fonds d'assainissement.

Concernant l'article 42

L'article 42 de la Loi porte interdiction au débiteur ayant introduit un dossier de surendettement d'accomplir tout acte susceptible de favoriser un créancier, à l'exception de ceux considérés comme « prioritaires » (dette alimentaire, loyer, etc).

En référence aux observations formulées à l'endroit de l'article 3 de la Loi, la Chambre de Commerce s'interroge s'il ne conviendrait pas d'harmoniser la liste des créanciers prioritaires sur l'ensemble du texte pour gagner en cohérence.

Concernant l'article 50

L'article 50 de la Loi semble superflu alors qu'il reproduit des dispositions abrogatoires qui n'ont pas leur place au sein d'un texte coordonné.

² Valeur de l'indice en octobre 2011 : 791,02

Observation finale

La Chambre de Commerce réitère sa recommandation d'utiliser les termes « Commission », « Service » et « répertoire » dans l'intégralité du texte de la Loi conformément aux définitions qui en sont faites par les auteurs dans le projet de loi amendé.

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le projet de loi tel qu'amendé sous réserve de la prise en compte de ses observations fondamentales formulées.

ZCH/TSA