

**Objet: Projet de loi n°6539 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) la section 1ère du chapitre II du titre IX du livre II du Code pénal,**
- (3) les articles L125-1, L.127-3 à L.127-5 et L.512-11 du Code du Travail,**
- (4) les articles 257 et 555 du Nouveau Code de Procédure Civile,**
- (5) la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat,**
- (6) la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de gage et le billet à ordre,**
- (7) 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,**
- (8) la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises,**
- (9) la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance,**
- (10) la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière,**
- (11) la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et**
- (12) la loi générale des impôts («Abgabenordnung»), et abrogeant :**
  - la loi du 14 avril 1886 concernant le concordat préventif de la faillite,**
  - la loi du 15 mars 1892 sur la procédure de debet en matière de faillite et,**
  - l'arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 complétant la législation relative aux sursis de paiement, au concordat préventif de la faillite et à la faillite par l'institution du régime de la gestion contrôlée. - Amendements parlementaires. (4095bisPEM)**

*Saisine : Ministre de la Justice  
(21 mars 2018)*

<b>AVIS COMPLEMENTAIRE DE LA CHAMBRE DE COMMERCE</b>
--

L'objet des amendements parlementaires sous avis est d'introduire au projet de loi initial diverses modifications ayant principalement pour but de répondre à certaines objections du Conseil d'Etat et d'insérer dans le projet de loi les nombreuses modifications issues de la loi belge du 11 août 2017 « portant insertion du Livre XX "Insolvabilité des entreprises", dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique » (ci-après, la « **Loi Belge de 2017** »).

### **Résumé synthétique**

Au vu de l'augmentation du nombre de faillites (1195 faillites en 2018) et au regard du temps écoulé depuis les dernières réformes, la Chambre de Commerce en appelle le Gouvernement à offrir enfin aux entreprises luxembourgeoises la réforme qu'elles attendent depuis longtemps mais qui n'est malheureusement pas encore celle proposée dans le projet de loi tel qu'amendé.

En effet, alors que plus de 99% des entreprises luxembourgeoises relèvent du monde des petites et moyennes entreprises, la Chambre de Commerce a l'impression que les TPE et PME restent les grandes oubliées de cette réforme. Pourtant, malgré leur petite taille, les PME luxembourgeoises contribuent davantage, en termes de valeur ajoutée, à l'économie du pays que dans la plupart des pays de l'Union européenne. Il est donc important de ne pas les négliger, notamment – et surtout – dans le cadre d'une réforme du droit des faillites.

La Chambre de Commerce regrette donc que les auteurs des amendements au projet de loi initial n'aient pas plus orienté leurs modifications vers ces entreprises pourtant nombreuses et dynamiques. La Chambre de Commerce considère que de nombreux changements devraient être apportés à cette réforme afin de tenir compte de ces entreprises qui sont les premières touchées par les faillites au Luxembourg.

Par ailleurs, concernant les modifications apportées aux différents volets du projet de loi initial, à savoir les volets préventif, répressif, réparateur et social, la Chambre de Commerce, si elle salue la majorité des amendements qui répondent à certaines objections du Conseil d'Etat et visent à moderniser le droit des faillites en s'inspirant de l'expérience belge, considère néanmoins que bon nombre d'amendements ne vont pas dans le sens d'une amélioration.

Pour ce qui concerne le volet préventif, la Chambre de Commerce a le regret de constater que le législateur se borne encore trop à une simple détection des entreprises en difficultés sans s'engager sur la voie d'une analyse approfondie des causes des faillites. La Chambre de Commerce maintient ainsi sa position qui est de croire que le projet de loi devrait développer le volet préventif en aidant les entreprises à un stade bien plus avancé, grâce à des personnes qualifiées, et à un coût raisonnable, le tout en tenant compte de leur taille.

A cet égard, la Chambre de Commerce souligne qu'elle a mis en place, de sa propre initiative et à l'instar de ce qui existait déjà en France et en Belgique, l'offre de services « *one-stop shop to prevent* » destinée à aider les indépendants et les dirigeants d'entreprises à faire le point sur leur situation professionnelle et à trouver de nouvelles pistes de pérennisation de leur entreprise, grâce à des formations, du coaching et des conseils personnalisés.

Au regard du volet répressif, la Chambre de Commerce regrette que les auteurs des amendements sous avis aient pris la décision d'aggraver encore plus la responsabilité du dirigeant non seulement en prévoyant une condamnation d'office pour banqueroute de tout dirigeant qui n'a pas fait aveu de la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois mais également en modifiant les conditions de mise en œuvre de l'interdiction de faire commerce et de l'action en comblement de passif. En effet, alors qu'actuellement le législateur sanctionne le dirigeant ayant commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, les auteurs des amendements ont drastiquement amendé ce régime non seulement en supprimant la notion de faute caractérisée mais également en sanctionnant toute faute grave « commise dans le cadre de la faillite », ce que la Chambre de Commerce ne peut approuver.

Si l'on considère en outre la suppression du terme "*schuldhafte*" du paragraphe 109 de l'*Abgabenordnung* du 22 mai 1931 prévoyant que sous certaines conditions le dirigeant de société peut être tenu vis-à-vis de l'administration fiscale des dettes de la société faillie, qui tend à priver l'administration fiscale et les juridictions administratives de toute faculté d'appréciation des circonstances de chaque faillite, il est incontestable que le régime d'automatisme de responsabilité du dirigeant de société instauré par les dispositions cumulées de ces amendements risque de préjudicier grandement à l'esprit entrepreneurial, voire à l'attractivité du Grand-Duché de Luxembourg. **La Chambre de Commerce s'oppose par conséquent à cet amendement et insiste pour que le libellé actuel incluant le terme "*schuldhafte*" soit maintenu.**

Enfin, pour ce qui est du volet réparateur, la Chambre de Commerce maintient que l'objectif n'est pas vraiment atteint. Les mesures répressives citées plus haut s'avèrent en effet en totale contradiction avec l'idée même de la seconde chance pourtant prônée dans l'exposé des motifs du projet de loi initial.

Suite aux modifications répressives énoncées ci-avant, les dirigeants vont en effet avoir encore plus de mal à relancer une nouvelle activité, notamment parce qu'ils auront de plus grandes difficultés pour obtenir des financements mais également parce que le Ministère de l'Economie leur refusera l'octroi d'une autorisation d'établissement en raison de leur absence d'honorabilité. De plus, avec l'éventualité de ces condamnations stigmatisantes à train, de nombreux entrepreneurs risquent de ne même plus oser se lancer dans l'aventure.

Pourtant, la Chambre de Commerce souhaite rappeler que, selon les statistiques, 18% des entrepreneurs qui réussissent ont échoué lors de leur première création et ces « re-starters » grandissent plus vite que les entreprises créées par de nouveaux entrepreneurs. Il est donc indispensable d'offrir véritablement une seconde chance aux entrepreneurs qui ont échoué et de leur permettre de prendre un nouveau départ afin que la faillite ne soit plus perçue par les entrepreneurs comme une peine de mort, voire un fait dont ils doivent avoir honte et mettant fin à leur envie d'entreprendre.

\* \* \*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord aux amendements parlementaires que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

#### **Appréciation du projet de loi :**

	<b>Incidence</b>
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	-
Impact financier sur les entreprises	+
Transposition de la directive	n.a
Simplification administrative	+
Impact sur les finances publiques	+
Développement durable	+

#### **Légende :**

<b>++</b>	<b>Très favorable</b>
<b>+</b>	<b>Favorable</b>
<b>0</b>	<b>Neutre</b>
<b>-</b>	<b>Défavorable</b>
<b>--</b>	<b>Très défavorable</b>

## Considérations générales

De manière générale, la Chambre de Commerce accueille la plupart des amendements favorablement en ce qu'ils répondent à certaines objections du Conseil d'Etat, et visent à moderniser le droit des faillites, en s'inspirant des modifications de la Loi Belge de 2017.

A cet égard, la Chambre de Commerce observe que les auteurs des amendements parlementaires ont choisi de reprendre littéralement le texte belge, sans toutefois se poser la question d'une éventuelle adaptation au contexte socio-économique luxembourgeois, pourtant substantiellement différent de celui de la Belgique. Elle ne peut que regretter ce procédé qui risque de rendre la mise en œuvre des diverses mesures proposées compliquée.

La Chambre de Commerce relève également que plusieurs de ses remarques formulées dans son avis initial du 2 décembre 2013 (l' « **Avis de 2013** ») sont restées lettre morte et n'ont pas été considérées par les auteurs des amendements sous avis. Elle souhaite donc les réitérer afin d'insister notamment sur l'équilibre à préserver entre les différents intérêts en présence.

Si la Chambre de Commerce avait déjà en 2013 salué les différents objectifs du projet de loi initial, elle avait également insisté sur la nécessité de doter le Luxembourg d'un réel processus de prévention des faillites et de s'engager sur la voie d'une analyse approfondie des causes des faillites, plutôt que de se limiter à l'accumulation de symptômes ou « clignotants ». L'objectif du projet de loi initial, ainsi que des amendements, est en effet, de l'avis de la Chambre de Commerce, encore trop axé sur la détection des entreprises qui doivent être déclarées en faillite. La réforme du droit de la faillite devrait mieux développer le volet préventif, à savoir celui qui concerne la sauvegarde des entreprises éprouvant des difficultés en les aidant à un stade bien plus avancé, grâce à des personnes qualifiées, et à un coût raisonnable, le tout en tenant compte de leur taille.

A cet égard, la Chambre de Commerce met en avant qu'elle a d'ores et déjà mis en place, de sa propre initiative et à l'instar de ce qui existait déjà en France et en Belgique, l'offre de services « *one-stop shop to prevent* » destinée à aider les indépendants et les dirigeants d'entreprises à faire le point sur leur situation professionnelle et à trouver de nouvelles pistes de pérennisation de leur entreprise, grâce à des formations, du coaching et des conseils personnalisés.

Pour ce qui concerne le volet répressif, la Chambre de Commerce regrette que les auteurs des amendements sous avis aient pris la décision d'aggraver encore plus la responsabilité du dirigeant en prévoyant une condamnation d'office pour banqueroute simple tout dirigeant de droit ou de fait qui n'a pas fait aveu de la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois prévu par la loi pour ce faire. En supprimant la faculté pour le juge de ne pas prononcer la condamnation de banqueroutier, les auteurs annihilent par la même occasion son droit à analyser la situation réelle de l'entrepreneur et à rendre une décision circonstanciée. Le juge est ainsi privé de pouvoir d'appréciation et est donc contraint de prononcer une condamnation pénale sur base du simple non-respect d'un délai. Cet automatisme n'est selon la Chambre de Commerce pas opportun.

La Chambre de Commerce s'oppose dès lors à cet amendement et demande instamment de prendre en considération la réalité des entrepreneurs dont bon nombre seront, à un moment donné, en cessation de paiement et qui, après d'énormes sacrifices, parviendront néanmoins à redresser la barre. Leur imposer de faire aveu de faillite un mois seulement après la cessation de paiement est non seulement déraisonnable mais risque aussi d'amener à une augmentation exponentielle du nombre de faillites dans les prochaines années, ce qui est en totale contradiction

avec la volonté exprimée dans l'exposé des motifs du projet de loi initial selon lequel un système approprié en matière d'entreprises en difficultés est une priorité nationale.

La Chambre de Commerce souligne également que le fait de condamner à la banqueroute tout dirigeant qui n'a pas fait aveu de la cessation des paiements dans les temps est contraire à la volonté affichée par les auteurs du projet de loi initial d'octroyer une seconde chance. Ces dirigeants condamnés vont en effet avoir encore plus de mal à relancer une nouvelle activité, notamment parce qu'ils auront des difficultés pour obtenir des financements mais également parce que le Ministère de l'Economie leur refusera l'octroi d'une autorisation d'établissement en raison de leur absence d'honorabilité. De plus, avec cette condamnation stigmatisante, de nombreux entrepreneurs risquent de ne même plus oser se lancer dans l'aventure. Pourtant, selon les statistiques, 18% des entrepreneurs qui réussissent ont échoué lors de leur première création et ces « re-starters » grandissent plus vite que les entreprises créées par de nouveaux entrepreneurs. Il est donc indispensable d'offrir une véritable seconde chance aux entrepreneurs qui ont échoué et de leur permettre de prendre un nouveau départ afin que la faillite ne soit plus perçue par les entrepreneurs comme une peine de mort, voire un fait dont ils doivent avoir honte, mettant fin à leur envie d'entreprendre.

Dans le même ordre d'idées, la Chambre de Commerce ne peut approuver les nouvelles conditions de mise en œuvre de l'interdiction d'exercer (article 444-1) et de l'action en comblement de passif (article 495-1). En effet, alors qu'actuellement le législateur sanctionne le dirigeant ayant commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, les auteurs des amendements ont drastiquement amendé ce régime non seulement en supprimant la notion de faute caractérisée, mais également en sanctionnant toute faute grave « commise dans le cadre de la faillite ».

La Chambre de Commerce se doit de critiquer ces nouvelles dispositions et **en appelle à maintenir les termes « faute grave et caractérisée »** repris actuellement aux articles 444-1 et 495-1 du Code de Commerce ainsi qu'à supprimer la présomption de causalité et le renversement de la charge de la preuve prévus au sein des amendements.

Le fait de contraindre le dirigeant à prouver un fait négatif (à savoir le fait que sa faute n'a pas engendré la faillite) étant considéré par la Chambre de Commerce au mieux comme déraisonnable, au pire comme impossible, elle estime que ces amendements pourraient nuire à l'initiative entrepreneuriale et souligne que cette aggravation de la responsabilité de l'entrepreneur est totalement contraire à la notion de seconde chance pourtant mise en avant dans l'exposé des motifs du projet de loi initial.

Si l'on considère en outre la suppression du terme "*schuldhafte*" du paragraphe 109 de l'*Abgabenordnung* du 22 mai 1931 prévoyant que sous certaines conditions le dirigeant de société peut être tenu vis-à-vis de l'administration fiscale des dettes de la société faillie, qui tend à priver l'administration fiscale et les juridictions administratives de toute faculté d'appréciation des circonstances de chaque faillite, il est incontestable que le régime d'automatisme de responsabilité du dirigeant de société instauré par les modifications cumulées de ces dispositions risque de préjudicier grandement à l'esprit entrepreneurial, voire à l'attractivité du Grand-Duché de Luxembourg, et en tout cas pour ce qui est du volet réparateur (seconde chance). **La Chambre de Commerce s'oppose par conséquent à cet amendement et insiste pour que le libellé actuel incluant le terme "*schuldhafte*" soit maintenu.**

La Chambre de Commerce souhaite également rappeler qu'à l'heure actuelle, au sein de l'Union européenne, plus de 99% des entreprises de l'économie marchande non financière relèvent du monde des petites et moyennes entreprises. Le Grand-Duché de Luxembourg

n'échappe pas à ce constat avec une estimation de plus de 99% de PME pour 2016<sup>1</sup>. On constate par ailleurs que la plupart des entreprises luxembourgeoises (87,9%<sup>2</sup>), outre le fait qu'elles entrent dans la catégorie des PME, sont aussi des micro-entreprises, c'est-à-dire des entreprises dont l'effectif est inférieur à 10 personnes et dont le chiffre d'affaires ou le total du bilan annuel n'excède pas 2 millions d'euros<sup>3</sup>.

Malgré leur petite taille, les PME luxembourgeoises sont très dynamiques et contribuent davantage, en termes de valeur ajoutée, à l'économie du pays (pratiquement 70%) que dans la plupart des pays de l'Union européenne (57%)<sup>4</sup>. Il est donc important de ne pas les négliger, notamment – et surtout – dans le cadre d'une réforme du droit des faillites.

La Chambre de Commerce regrette donc que dispositions projetées n'aient pas plus orienté leurs modifications vers ces entreprises pourtant nombreuses et dynamiques. La Chambre de Commerce a l'impression que les TPE et PME restent les grandes oubliées de cette réforme et considère que de nombreux changements devraient y être apportés afin de tenir compte de ces entreprises qui sont les premières touchées par les faillites au Luxembourg.

La Chambre de Commerce considère par conséquent notamment que les procédures de redressement devraient être modifiées afin de répondre aux objectifs de l'exposé des motifs du projet de loi initial qui prévoyait l'instauration d'une procédure de redressement moderne, simple à mettre en œuvre et d'un coût raisonnable.

De manière générale, la Chambre de Commerce ne peut que regretter que le délai entre le projet de loi initial et ses amendements ait été aussi long car les entreprises luxembourgeoises ont réellement besoin d'une réforme complète du droit de la faillite.

En effet, malgré plusieurs réformes, les seuls « outils » offerts aux entreprises en difficulté (le concordat avant ou post-faillite, la gestion contrôlée et le sursis) demeurent des processus lourds et complexes qui sont largement sous-utilisés et ne parviennent pas à toucher les petites entreprises qui constituent pourtant la majeure partie du tissu économique luxembourgeois ainsi que cela a été rappelé ci-avant. Par ailleurs, les frais engendrés par ces procédures sont généralement trop élevés pour permettre à une entreprise en difficulté, de surcroît du type PME, d'y avoir recours tout en continuant à maintenir un certain niveau d'activités pourtant indispensable si elle souhaite ne pas péricliter.

L'urgence est d'autant plus manifeste que l'on peut constater que le nombre de faillites au Luxembourg est en progression.

La Chambre de Commerce en appelle donc le Gouvernement à offrir enfin aux entreprises luxembourgeoises la réforme adaptée qu'elles attendent depuis longtemps.

## **Commentaire des amendements**

### **Concernant l'amendement n°3**

La Chambre de Commerce regrette que les auteurs des amendements ne soient pas allés jusqu'au bout de leur volonté d'élargir au maximum le champ d'application de ces mesures

<sup>1</sup> Commission européenne, Fiche technique Luxembourg 2017 Small Business Act, 2017, estimations basées sur les chiffres de la période 2008-2014 tirés de la base de données des Statistiques structurelles sur les entreprises (Eurostat).

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Recommandation [2003/361/CE](#) de la Commission, du 6 mai 2003, concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, Journal officiel L 124 du 20.05.2003.

<sup>4</sup> Commission européenne, Fiche technique Luxembourg 2017 Small Business Act, 2017.

en intégrant les associations sans but lucratif (ci-après « **ASBL** ») et les professions libérales dans le champ d'application du projet de loi tel qu'amendé. Comme elle l'avait déjà indiqué dans son Avis de 2013, dans la mesure où certaines de ces ASBL ont une réelle activité économique, et afin de sécuriser tant les salariés de ces associations que leurs cocontractants, il apparaîtrait souhaitable d'élargir le champ d'application du présent projet de loi aux dites ASBL. Il en va de même pour les professions libérales qui doivent pouvoir bénéficier également de cette réforme.

### **Concernant l'amendement n°6**

Cet amendement modifie l'article 5 du projet de loi afin de répondre à une objection relevée notamment par la Chambre de Commerce relative à l'incertitude concernant les données qui seront transmises au secrétariat du Comité de conjoncture.

Les auteurs précisent dans le nouvel article 5 les informations auxquelles le secrétariat du Comité de conjoncture aura accès, à savoir : les données financières collectées par la centrale des bilans, les jugements contre les commerçants, le tableau des protêts, les notifications de licenciement pour raison économique et les dettes accumulées auprès du Centre commun de la sécurité sociale et des administrations fiscales.

Concernant la transmission des jugements contre les commerçants au secrétariat du Comité de conjoncture, la Chambre de Commerce comprend que, dans un souci d'efficacité et de rapidité dans la transmission des informations, l'on ne saurait attendre que les jugements par défaut deviennent définitifs pour en assurer la communication, mais elle souhaite néanmoins attirer particulièrement l'attention des auteurs du projet de loi sur le caractère provisoire de ces jugements au moment de leur transmission et sur la fiabilité très relative que l'on peut leur conférer dans le cadre de l'appréciation de la situation globale d'un commerçant.

Malgré l'ajout fait à l'article 5 paragraphe (1) alinéa 3 des termes « *sur base de critères objectifs et vérifiables* », la Chambre de Commerce déplore le caractère lacunaire de cette disposition qui ne précise pas suffisamment comment et selon quels critères le secrétariat du Comité de Conjoncture déterminera les débiteurs dont les données seront collectées. Si les auteurs précisent, dans le commentaire de l'amendement, que « *il n'y a pas lieu de définir les critères [...] alors que la situation varie forcément en fonction de la situation d'espèce* », la Chambre de Commerce ne peut pas marquer son accord avec une telle réflexion qui engendre une considérable insécurité juridique pour toutes les entreprises luxembourgeoises et qui ne permet pas d'assurer un traitement transparent des données des débiteurs au vu notamment du règlement n°2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci-après, le « **RGPD** »).

La Chambre de Commerce souhaite ici encore rappeler ses doutes quant à savoir si le secrétariat du Comité de conjoncture est bien l'organisme adéquat pour assurer cette mission de collecte des données. Comme cela a déjà été soulevé dans son Avis de 2013, la Chambre de Commerce se demande si la structure particulière du Comité de conjoncture ne risque pas de susciter des doutes dans l'esprit des entreprises concernées quant à la confidentialité des données qui y seront traitées, ce en raison de la structuration tripartite de ce comité. D'autre part, la Chambre de Commerce n'est pas certaine que le Comité de conjoncture dispose, à tout le moins actuellement, des moyens humains et techniques nécessaires afin d'analyser la situation d'une entreprise en difficulté tant d'un point de vue juridique, qu'économique et encore financier.

Enfin, concernant le paragraphe 2 de l'article 5 qui prévoit que le débiteur puisse à tout moment prendre connaissance sans déplacement des données recueillies, la Chambre de Commerce demande à cette fin que ces informations soient disponibles sur un site dédié du

secrétariat du Comité de conjoncture, accessible au débiteur concerné. Ce dernier doit pouvoir, dans un respect des droits de la défense et du contradictoire, en prendre connaissance gratuitement par voie électronique. Une alerte par courrier électronique devrait également lui être automatiquement adressée sans délai pour toute nouvelle information collectée.

### **Concernant l'amendement n°8**

Le huitième amendement a trois objectifs principaux : (i) permettre au débiteur de proposer le nom d'un conciliateur d'entreprise, (ii) définir la mission du conciliateur d'entreprise et (iii) prévoir un privilège sur les honoraires du conciliateur.

Si la Chambre de Commerce entérine ces objectifs qui permettront respectivement (i) d'instaurer une relation de plus grande confiance avec le conciliateur d'entreprise, (ii) de mieux encadrer les missions du conciliateur d'entreprise et (iii) de rassurer les conciliateurs d'entreprises quant au paiement de leurs honoraires, elle regrette néanmoins l'absence de délai prévu pour la désignation du conciliateur d'entreprise, alors que les dispositions projetées fixent par ailleurs un certain nombre de délais dans un souci de célérité. Il conviendrait dès lors également d'en prévoir un à cet endroit.

D'autre part, la Chambre de Commerce se réjouit de constater que les auteurs des amendements sous avis ont pris en considération ses remarques concernant la compétence et la détermination des honoraires du conciliateur, par le biais d'une modification 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. Elle aurait néanmoins souhaité obtenir de plus amples précisions à cet égard et renvoie à ses commentaires sous l'amendement n°137.

Pour le surplus, la Chambre de Commerce s'interroge quant à savoir s'il n'y a pas lieu de se référer au conciliateur d'« entreprises » au pluriel.

### **Concernant l'amendement n°9**

La Chambre de Commerce relève que malgré ses commentaires dans l'Avis de 2013, l'imprécision du projet de loi demeure quant à la personne effectivement à saisir d'une telle demande alors qu'il ne ressort pas clairement du texte s'il s'agit du président d'une des chambres civiles ou commerciales du tribunal d'arrondissement ou bien du président du tribunal d'arrondissement lui-même.

Afin d'éviter toute difficulté de mise en application de cette disposition, la Chambre de Commerce suggère par conséquent aux auteurs de préciser plus amplement la personne à saisir d'une telle demande.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce se pose la question de savoir s'il ne serait pas opportun de ne pas cantonner cette mesure aux cas de manquements graves et caractérisés, mais de l'ouvrir également au débiteur qui la solliciterait.

### **Concernant l'amendement n°10**

Le dixième amendement a notamment pour objectif, d'après le commentaire des auteurs, d'élargir le champ d'application de l'article 11 aux débiteurs concluant un accord amiable avec un seul créancier, ce que la Chambre de Commerce salue. Au vu de l'objectif annoncé, la Chambre de Commerce s'interroge quant à la formulation du nouvel alinéa 1er qui stipule que



“le débiteur peut proposer à tous ses créanciers ou à deux au moins d'entre eux<sup>5</sup> un accord amiable”.

Selon la Chambre de Commerce, le nouvel alinéa 1er devrait cependant se lire de la manière suivante : « *Le débiteur peut proposer à un ou plusieurs de ses créanciers un accord amiable* ».

### **Concernant l'amendement n°12**

La Chambre de Commerce ne peut marquer son accord quant au douzième amendement qui ne tient absolument pas compte de la situation réelle des TPE et PME.

En effet, alors que le projet de loi initial prévoyait déjà une liste déjà très complète de documents à demander au débiteur pour l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, les auteurs des amendements ont surenchérit en imposant le dépôt de ces documents à peine de nullité et en prescrivant l'assistance d'un réviseur d'entreprises, d'un expert-comptable ou d'un comptable pour la rédaction de certains d'entre eux.

Ce type d'exigence ne peut avoir qu'une conséquence pour un dirigeant de PME : face à la complexité, à la sévérité et au coût engendré par de telles dispositions, il se tournera par dépit vers l'aveu de faillite comme il le fait déjà actuellement.

Pour ce qui est des points 4° et 5° et de l'exigence de rédiger la situation comptable de l'actif et du passif ainsi que le budget contenant l'estimation des recettes et des dépenses pour la durée du sursis avec l'assistance d'un réviseur d'entreprises, d'un expert-comptable ou d'un comptable, si la Chambre de Commerce comprend la volonté des auteurs de donner à ces documents un caractère plus fiable, elle ne peut que se demander comment le débiteur fera pour payer ce prestataire supplémentaire alors qu'il est déjà en situation de difficulté. Elle se pose aussi la question de savoir quel comptable, expert-comptable ou réviseur acceptera de rédiger ces documents pour une entreprise en difficulté. La plupart des entrepreneurs en difficulté que la Chambre de Commerce rencontre ont généralement du mal à obtenir leurs derniers comptes annuels précisément en raison du fait qu'ils ne parviennent plus à payer leur comptable ; comment imaginer alors que ce dernier acceptera de produire pour lui de nouveaux documents imposés par la loi, sans aucune certitude quant à un redressement de l'entreprise et à un payement futur ?

Comme elle l'a déjà indiqué ci-avant, la Chambre de Commerce relève ainsi à cet endroit encore l'incohérence du projet de loi qui, par ses motifs, exprime sa volonté de soutenir et d'aider les PME en difficulté mais qui, par ses dispositions, leur impose des coûts additionnels pourtant évitables.

Concernant la suppression, au point 7°, des termes « s'il est en mesure de les formuler », la Chambre de Commerce considère qu'il s'agit à nouveau d'une complexification importante de la procédure, surtout pour les PME et TPE qui devraient pourtant être les principales destinataires du projet de loi.

La Chambre de Commerce s'élève également contre le maintien du point 9° disposant que sera déposée une copie du rapport établi en application de l'article 7 paragraphe 3 (rapport établi par le secrétariat du Comité de conjoncture suite à l'examen de la situation du débiteur) dans la liste des documents à fournir, d'autant plus que ce document est lui aussi prescrit sous peine d'irrecevabilité. En effet, malgré le souhait de la Chambre de Commerce, aucun délai n'est

---

<sup>5</sup> Souligné par la Chambre de Commerce.

imposé au secrétariat du Comité de conjoncture pour fournir son rapport et aucune sanction n'est prévue si aucun rapport n'est rédigé.

La Chambre de Commerce considère que menacer le débiteur de l'irrecevabilité de sa demande s'il ne fournit pas un document qui n'est pas de son ressort est inopportun. En effet, il y aura certainement des cas où un rapport ne sera pas dressé parce que le secrétariat du Comité de conjoncture n'aura pas été en mesure de le faire quelle qu'en soit la raison, ou parce qu'il n'aura tout simplement pas contacté préalablement le débiteur qui pourtant souhaiterait pouvoir bénéficier des mesures projetées.

Ceci pose également la question de savoir s'il est judicieux de faire du passage par le secrétariat du Comité de conjoncture un prérequis indispensable. Il pourrait en effet être opportun de pouvoir entamer une procédure de réorganisation judiciaire sans passer par le secrétariat du Comité de conjoncture, notamment pour des raisons de rapidité de la procédure. Si c'était le cas, il conviendrait en outre de régler la question de savoir si un rapport peut raisonnablement être établi en 14 jours, et sur quelle base ceci serait fait en l'absence de « saisine » par le débiteur.

### **Concernant l'amendement n°15**

Dans un souci de modernité, de rapidité et de réduction des coûts, le dossier relatif à la réorganisation judiciaire devrait également être consultable via le site internet du tribunal concerné, comme cela existe en Belgique, et non exclusivement dans l'hypothèse où le juge délégué déciderait qu'il est consultable par voie électronique comme cela est actuellement prévu par le dernier alinéa. La Chambre de Commerce en appelle dès lors les autorités à introduire le dossier électronique le plus rapidement possible.

Elle recommande également d'aligner la terminologie utilisée sur celle du RGPD et de remplacer à l'alinéa 3 du nouvel article 16 les termes « données nominatives » par « données à caractère personnel », pour autant que cette terminologie soit appropriée.

### **Concernant l'amendement n°18**

La Chambre de Commerce se félicite que les auteurs des amendements aient supprimé l'ancien alinéa 3 qui prévoyait que « *Lorsque le débiteur est une personne morale, la continuité de son entreprise est en tout cas présumée être menacée si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social.* »

Cette disposition allait en effet à l'encontre de la pratique de la place luxembourgeoise qui veut que bon nombre d'entreprises soient dans ce cas de figure sans être nécessairement en difficulté.

La Chambre de Commerce salue également l'insertion des deux derniers alinéas qui répondent aux remarques qu'elle avait énoncées dans son Avis de 2013 concernant le risque d'abus et de distorsion de la concurrence qui menaçait les créanciers.

La Chambre de Commerce relève néanmoins une erreur de forme à l'alinéa 4 : alors que les termes « transfert sous autorité de justice » ont été remplacés par « transfert par décision de justice » dans toutes les autres dispositions, ce changement n'a pas été effectué ici.

### **Concernant l'amendement n°21**

Alors que la Chambre de Commerce se réjouit de constater l'ajout du deuxième paragraphe qui prévoit que l'administrateur provisoire doit être choisi sur une liste spéciale, elle se demande néanmoins ce qu'il adviendra si cette liste n'est pas disponible ou si aucun mandataire de justice figurant sur cette liste n'est disponible. En effet, si les amendements prévoient cette possibilité, aucune solution n'est avancée pour pallier à cette difficulté.

D'autre part, alors que les voies de recours prévues à l'article 24 ont été modifiées suite aux remarques de la Chambre de Commerce et du Conseil d'Etat, ce n'est malheureusement pas le cas de celles de l'article 23 qui prévoit toujours que l'appel contre ces décisions sera à porter devant « *le magistrat président la chambre du tribunal* » dans un délai de 8 jours suivant la notification du jugement.

Outre le fait que la Chambre de Commerce relève l'imprécision du projet de loi quant à la personne effectivement à saisir d'une telle demande alors qu'il ne ressort pas clairement du texte s'il s'agit du président d'une des chambres civiles ou commerciales du tribunal d'arrondissement ou bien du président du tribunal d'arrondissement lui-même, elle constate également que cette voie de recours instaurée suscite certaines interrogations au sujet de sa compatibilité avec les règles procédurales en vigueur en matière d'appel. En effet, les dispositions de cet article conduiraient à soumettre une décision collégiale rendue par le tribunal d'arrondissement à une instance d'appel à juge unique.

De plus, l'appel de ces décisions se verrait soumis à la même juridiction que celle ayant déjà rendu la décision de première instance puisque ce serait dès lors, soit le président du tribunal d'arrondissement, soit le magistrat président une chambre du tribunal d'arrondissement, qui serait amené à statuer sur l'appel interjeté à l'encontre d'un jugement de ce même tribunal d'arrondissement.

La Chambre de Commerce s'interroge par conséquent sur la mise en œuvre pratique de cette voie de recours et sur sa compatibilité avec la notion de procès équitable.

### **Concernant l'amendement n°22**

La Chambre de Commerce se réjouit de constater que ses remarques concernant les procédures de voie de recours prévues à l'article 24 ont été modifiées par les amendements sous avis afin de prévoir une procédure d'appel en lieu et place d'un recours devant « *le magistrat président la chambre du tribunal* ».

Elle se demande dès lors pourquoi les dispositions de l'article 23 n'ont pas également été modifiées en ce sens comme elle l'a indiqué sous le commentaire de l'amendement n°21.

### **Concernant l'amendement n°27**

Au paragraphe (1), la Chambre de Commerce approuve l'extension du sursis au conjoint, à l'ex-conjoint, au partenaire ou à l'ex-partenaire dans la mesure où ils sont personnellement coobligés aux dettes contractuelles du débiteur liées à l'activité économique de ce dernier.

Au paragraphe (4), la Chambre de Commerce note que le mot « le » manque entre les mots « si » et « tribunal accueille la demande ».

**Concernant l'amendement n°32**

Malgré les amendements apportés à l'article 33, aucune voie de recours n'est instaurée concernant les décisions statuant sur la demande de prolongation du sursis. La Chambre de Commerce estime que l'absence de voie de recours à l'encontre de ces décisions peut porter préjudice au débiteur en cas de refus de la demande de prorogation.

Les auteurs ont sans doute voulu éviter les manœuvres dilatoires de la part de débiteurs mal intentionnés, mais, en raison de l'enjeu considérable de cette décision de prorogation du sursis pour le débiteur, la Chambre de Commerce estime qu'il serait raisonnable d'accorder la possibilité d'interjeter appel au débiteur voyant sa demande de prorogation du sursis rejetée, tout en encadrant l'exercice de ce recours dans des délais très courts.

**Concernant l'amendement n°35**

La Chambre de Commerce se demande pourquoi les auteurs ont amendé le paragraphe (4) de l'article 36 en prévoyant une notification par courrier recommandé en lieu et place d'une notification par voie de greffe comme cela est prévu ailleurs dans le projet de loi. La Chambre de Commerce note que les auteurs n'expliquent pas cette modification dans le commentaire des amendements.

**Concernant l'amendement n°36**

Considérant que les auteurs des amendements ont proposé à l'amendement n°10 de permettre au débiteur de conclure un accord amiable avec un seul de ses créanciers, la Chambre de Commerce estime que l'amendement n°36 devrait également, pour plus de cohérence, élargir le champ d'application à l'accord conclu avec un seul créancier.

**Concernant l'amendement n°38**

La Chambre de Commerce déplore le raccourcissement du délai de quatorze à huit jours pour permettre au débiteur de communiquer les différentes informations prescrites par la loi à ses créanciers et ce, d'autant que le nombre de documents à fournir a augmenté par rapport au projet de loi initial. Le nouvel alinéa deux prévoit en effet l'obligation pour le débiteur de joindre en outre la liste des créanciers.

La Chambre de Commerce rappelle que toutes ces exigences, accompagnées de délais courts et sans qu'aucune aide ne soit fournie au débiteur risquent d'avoir pour conséquence un désintérêt pur et simple des entreprises en difficulté pour les procédures de redressement, jugées trop complexes. La réforme risque donc de passer à côté de son objectif et surtout à côté de sa cible : les TPE et PME en difficulté.

**Concernant l'amendement n°49**

La Chambre de Commerce relève que la phrase « *Si le jugement refuse l'homologation, l'appel est suspensif* » a été reprise par les auteurs des amendements à la fin du nouvel alinéa 3 mais qu'elle n'a pas été supprimée à l'alinéa 7, ce qui fait que la même phrase se trouve, sans raison apparente, à deux endroits différents de l'article. Elle suggère aux auteurs de supprimer cette redondance.

### **Concernant l'amendement n°50**

La Chambre de Commerce se félicite que les auteurs des amendements aient inséré l'article 51bis au sein du projet de loi. En permettant au tribunal de statuer sur l'homologation même en présence de poursuite pénale dirigée contre le débiteur ou ses dirigeants, les auteurs rappellent que c'est le sauvetage de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci qui est primordial et que l'activité de l'entreprise ne peut être mise en péril sous prétexte que des poursuites pénales sont exercées contre ses dirigeants.

### **Concernant l'amendement n°52**

La Chambre de Commerce approuve les modifications faites à l'article 53 qui le rendent plus lisible et moins équivoque. L'ajout de l'alinéa 6 permettant de faire acter le plan d'exécution constitue également une précision utile en pratique.

### **Concernant les amendements n°53 et suivants**

La Chambre de Commerce regrette que les amendements sous avis n'aient pas tenu compte des remarques émises dans son Avis de 2013 concernant les articles 54 et suivants du projet de loi qui définissent une procédure de « réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice » de tout ou partie d'une entreprise ou de ses activités. La Chambre de Commerce s'interroge toujours quant à l'articulation de ces dispositions avec les articles L.127-1 et suivants du Code du travail relatifs au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise<sup>6</sup>:

- soit les articles 54 et suivants du projet de loi doivent s'appliquer dans le respect des dispositions précitées du Code du travail, auquel cas la question de la légalité de tout changement des conditions de travail des salariés concernés du fait d'une réorganisation judiciaire est posée ;
- soit tout changement des conditions de travail constitue une dérogation à la législation sociale actuellement applicable, auquel cas il conviendrait d'envisager une modification des dispositions pertinentes du Code de travail.

### **Concernant l'amendement n°55**

La Chambre de Commerce est d'avis que le transfert prévu au premier alinéa de l'article 57 tel que modifié ne devrait pas seulement viser les actifs, mais également la société elle-même.

En effet, des entreprises peuvent détenir des actifs :

- qui ne peuvent être vendus comme par exemple des noms de marques lorsque les règles d'enregistrement, notamment internationales, pour de nouveaux enregistrements ont été modifiées, de sorte que la marque ne pourrait plus être réenregistrée ;
- des brevets dont le réenregistrement, notamment international, est très onéreux ;
- immobiliers, soit en pleine propriété, soit en relation avec un bail emphytéotique, pour lesquels le coût de réenregistrement est soit très cher, soit soumis à des procédures d'approbation lourdes et incertaines.

Les associés ou actionnaires seraient ainsi obligés de céder leur participation ou de renoncer à leur droit de souscription préférentiel lors d'une augmentation de capital. Le produit

<sup>6</sup> Les articles L.127-1 et suivants du Code du travail résultent de la transposition de la directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

de cession des actions ou parts sociales, ou en cas d'augmentation de capital, le nouvel apport permettrait d'apurer en partie ou en totalité les dettes de la société.

Par ailleurs, l'article 257 de la loi modifiée de 1915 relative aux sociétés et associations prévoit en son alinéa 2 qu'« *une fusion peut également avoir lieu lorsqu'une ou plusieurs des sociétés ou groupements d'intérêt économique qui sont absorbés ou qui disparaissent font l'objet d'une procédure de faillite, de concordat ou d'une autre procédure analogue tels que le sursis de paiement, la gestion contrôlée ou une procédure instituant une gestion ou une surveillance spéciale d'un ou de plusieurs de ces sociétés ou groupements d'intérêt économique.* » La Chambre de Commerce s'interroge quant à savoir si cet article ne devrait pas être modifié compte tenu des modifications projetées dans le cadre du présent projet de loi.

### **Concernant l'amendement n°61**

La Chambre de Commerce s'interroge quant à savoir pourquoi les amendements insèrent à cet endroit un article numéroté 62-1 alors qu'ailleurs dans le projet les articles supplémentaires ont pris le suffixe « bis ».

### **Concernant l'amendement n°63**

La seconde phrase du nouveau paragraphe (1) de l'article 64 prévoit que le débiteur peut déposer une requête au « registre ». La Chambre de Commerce se demande quel registre est visé ici et souhaite que le législateur modifie cette phrase pour la rendre moins équivoque.

D'autre part, malgré les modifications qui ont été apportées à l'article 64, la Chambre de Commerce est toujours d'avis que même si cette disposition va dans le sens d'une protection accrue des commerçants personnes physiques et de l'octroi d'une seconde chance, ce qu'elle salue expressément, cette disposition préjudicie aux droits des créanciers de commerçants personnes physiques qui risquent par conséquent de rendre plus difficile encore l'octroi de crédits à ce type de commerçants.

Le régime de décharge définitive et totale de son passif au profit du failli commerçant personne physique sans la moindre évaluation préalable de ses facultés d'apurement de son passif apparaît bien plus favorable que le régime prévu à l'égard des particuliers par la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement. Elle préconise dès lors de s'interroger quant à la nécessité d'apporter une plus grande cohérence entre les deux régimes.

### **Concernant l'amendement n°64**

La Chambre de Commerce relève une erreur terminologique au nouveau paragraphe (1) de l'article 65 qui prévoit que « *l'extrait de la décision judiciaire est publié par extrait [...] »<sup>7</sup>. Cette répétition ne lui semble pas utile.*

### **Concernant l'amendement n°85**

La Chambre de Commerce avoue son incompréhension quant au maintien de la distinction entre la dénomination de banqueroute simple et celle de banqueroute frauduleuse alors que l'objectif mentionné en commentaire de cet amendement est justement de supprimer la distinction entre ces deux types de banqueroute, ce que la Chambre de Commerce n'approuve par ailleurs pas. Elle renvoie à ce titre pour autant que de besoin aux observations formulées dans son précédent avis.

---

<sup>7</sup> La Chambre de Commerce souligne.

## Concernant les amendements n°88 et 107

Si la Chambre de Commerce ne peut que se réjouir de la suppression de la simple faute de gestion comme condition de mise en œuvre de l'interdiction d'exercer (article 444-1) et de l'action en comblement de passif (article 495-1), elle se doit néanmoins de formuler une observation quant aux nouvelles dispositions mises en œuvre dans ces articles.

En effet, bien que le commentaire des amendements indique que la faute grave a été réintroduite, ce n'est pas exactement le cas. Le texte initial des articles susmentionnés prévoyait en effet une faute grave et caractérisée. La Chambre de Commerce se demande donc comment les auteurs des amendements justifient la disparition du terme caractérisée du texte des articles. Elle relève également que ce terme a son importance, la faute grave visant la « méconnaissance d'une norme qui est importante sinon essentielle pour le maintien et l'existence d'une société » et le terme « caractérisée » se référant quant à lui à « une gestion qui n'est pas normalement prudente et raisonnable »<sup>8</sup>. La Chambre de Commerce en appelle donc à maintenir les termes « faute grave et caractérisée » repris actuellement aux articles 444-1 et 495-1 du Code de Commerce. Elle relève par ailleurs que ces termes sont toujours en vigueur dans la Loi Belge de 2017.

Ce problème est d'autant plus important que les auteurs du projet de loi ne comptent *a priori* pas introduire, à l'instar de ce qui existe en Belgique, des chambres d'enquêtes commerciales au sein des tribunaux, ni des juges consulaires. Les magistrats luxembourgeois n'ont, par conséquent, actuellement toujours aucun outil pour apprécier la situation économique sous-jacente aux difficultés de l'entreprise.

De l'avis de la Chambre de Commerce, le mélange entre l'absence de juges consulaires pour évaluer d'un point de vue pratique et proche du terrain les erreurs des entrepreneurs et le fait de faciliter l'exercice de l'action en comblement de passif et l'interdiction de faire commerce risque de former un cocktail explosif pour l'entrepreneuriat au Luxembourg en augmentant de manière dramatique les conséquences d'une faillite pour le chef d'entreprise.

La présomption de causalité et le renversement de la charge de la preuve prévus au sein des amendements ne trouvent pas non plus l'adhésion de la Chambre de Commerce. En effet, alors qu'actuellement le législateur sanctionne le dirigeant ayant commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, les auteurs des amendements ont drastiquement assoupli ce régime non seulement en supprimant la faute caractérisée mais également en sanctionnant toute faute grave « commise dans le cadre de la faillite », ce que la Chambre de Commerce ne peut approuver.

Le fait de contraindre le dirigeant à prouver un fait négatif (à savoir le fait que sa faute n'a pas engendré la faillite) est considéré par la Chambre de Commerce au mieux comme déraisonnable, au pire comme impossible. Même si l'appréciation de la force probante des moyens de preuve de faits négatifs est effectuée avec moins de rigueur que lorsqu'il s'agit d'établir un fait positif, cette preuve reste en effet très compliquée à apporter.

La Chambre de Commerce estime par conséquent que ces amendements pourraient nuire à l'initiative entrepreneuriale et considère en outre que les modifications projetées vont plus loin que de sanctionner l'entrepreneur malhonnête et qu'un nombre plus important de personnes seront dès lors concernées, ce qui est par ailleurs contraire à la volonté de désengorger les tribunaux. Elle souligne également que cette aggravation de la responsabilité de l'entrepreneur

<sup>8</sup> J. Windey, Incidences du concordat et de la faillite sur la responsabilité des administrateurs et des fondateurs, R.D.C. 2001, pp. 295 et suiv., spéc. pp. 325-326

est totalement contraire à la notion de seconde chance pourtant mise en avant dans l'exposé des motifs du projet de loi initial.

La Chambre de Commerce renvoie également à son commentaire sous l'amendement 85 concernant la distinction entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse.

#### **Concernant l'amendement n°94**

La Chambre de Commerce considère que l'allongement du délai pour interjeter appel de quinze à quarante jours augmente par la même occasion le risque de voir certains actifs disparaître. Elle regrette de ne trouver aucune justification de l'allongement de ce délai dans les commentaires de l'amendement.

#### **Concernant l'amendement n°102**

La Chambre de Commerce déplore que, malgré les modifications apportées à l'article 484 du Code de Commerce, ses commentaires n'aient pas été pris en considération.

En effet, le texte actuel mentionne toujours au deuxième alinéa « ... *la vérification et la rectification du bilan ...* » alors que la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises a introduit la notion de « **comptes annuels** ». La Chambre de Commerce est dès lors d'avis que le mot « *bilan* » devrait être remplacé par « *comptes annuels* » pour les entreprises visées par l'article 25 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 et « *états financiers* » pour les entreprises pour lesquelles cet article 25 n'est pas applicable. Le cas échéant, le terme « *bilan* » devrait aussi être remplacé à l'alinéa 3.

Le texte actuel prévoit par ailleurs au second paragraphe « *Pour autant que l'actif soit suffisant pour en couvrir les frais* » le curateur pourrait s'adjoindre un comptable ou un expert-comptable. La Chambre de Commerce est d'avis que cette condition d'actif suffisant devrait être supprimée car la pratique montre que d'une analyse des comptes annuels ainsi que des transactions qui sont à la base peuvent découler des redressements à opérer. Des exemples sont des indemnités à recevoir pour rupture de contrats ou des transactions qui n'ont pas été réalisées à des conditions de marché et desquelles peuvent découler une annulation de la vente. Il en résulte de nouvelles créances qui permettent de couvrir les frais engagés.

L'Administration de l'Enregistrement pourrait avancer ces frais comme cela est d'ailleurs aussi prévu à l'article 487-1 du nouveau Code du commerce.

#### **Concernant l'amendement n°103**

La Chambre de Commerce note l'absence de tout commentaire sous l'amendement n°103 qui comprend pourtant un certain nombre de modifications importantes. Elle aurait souhaité pouvoir connaître les raisons qui ont poussé les auteurs à rédiger ces amendements.

#### **Concernant l'amendement n°107**

La Chambre de Commerce ne soutient pas les modifications projetées compte tenu de l'aggravation sensible des risques pour le débiteur. Elle prône en conséquence un maintien de la nécessité de prouver une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite afin de pouvoir ordonner l'action en comblement du passif, sous peine d'aboutir à une suppression de la distinction entre le patrimoine privé des personnes visées et la société elle-même.



D'un point de vue procédural, la Chambre de Commerce s'interroge sur cette possibilité offerte au Procureur d'Etat d'engager une action en matière de responsabilité civile à l'encontre des dirigeants alors que le Ministère public a pour mission de protéger l'intérêt collectif et non pas les intérêts particuliers des créanciers d'un failli, rôle qui est en principe dévolu au seul curateur. La Chambre de Commerce estime par conséquent que l'intérêt à agir pour le Procureur d'Etat n'est pas donné en cas de procédure en comblement de passif introduite par ses soins.

Par ailleurs, le curateur apparaît, aux yeux de la Chambre de Commerce, comme étant la seule personne à même d'évaluer efficacement si des fautes graves ont ou non été commises par le dirigeant alors qu'il dispose généralement de plus d'informations que le Procureur d'Etat sur les circonstances de la faillite. La Chambre de Commerce suggère par conséquent la suppression de la possibilité pour le Procureur d'Etat d'introduire une action en comblement de passif à l'encontre des dirigeants de société.

Pour le surplus, et notamment quant au caractère annihilant l'effet réparateur annoncé (volet seconde chance), la Chambre de Commerce se permet de renvoyer aux commentaires faits dans le cadre de l'amendement n°88.

### **Concernant l'amendement n°121**

La Chambre de Commerce se réjouit de voir qu'il a été décidé de renoncer à l'abrogation de l'article 536 du Code de Commerce. Elle se félicite également des amendements réduisant la durée de réhabilitation initialement prévue de sept à trois années.

Elle préconise également de s'interroger quant à la nécessité d'apporter une plus grande cohérence entre le régime prévu à l'article 536 du Code de commerce et le régime de décharge définitive et totale de son passif au profit du failli commerçant personne physique sans la moindre évaluation préalable de ses facultés d'apurement de son passif prévu à l'article 64 comme elle l'a rappelé dans le commentaire de l'amendement n°63.

### **Concernant l'amendement n°129**

Cet amendement concerne l'inscription des données relatives à l'insolvabilité dans un registre spécifique dénommé REGINSOL.

La Chambre de Commerce s'étonne de ne voir dans cet amendement aucune précision concernant un éventuel droit à l'oubli ou une possibilité d'effacement des données après un certain nombre d'années.

Lorsque les données d'une société ayant fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité peuvent être couplées avec les données d'une personne physique, les dispositions du RGPD devraient alors être respectées.

### **Concernant l'amendement n°134**

La Chambre de Commerce ne peut que déplorer les amendements des articles 489 et suivants du Code pénal qui aggravent trop la sanction du commerçant failli mais également de tout dirigeant de droit ou de fait. La Chambre de Commerce considère que ces amendements ne tiennent pas compte de la réalité des PME et TPE au Luxembourg.

La Chambre de Commerce s'oppose ainsi particulièrement à la modification de l'article 490 qui remplace dans la loi actuelle le mot « pourra » par « est », supprimant ainsi toute faculté d'appréciation des circonstances pour le juge, ce d'autant plus qu'au Luxembourg il n'y a,

actuellement, malheureusement pas de juges consulaires. Cette disposition est selon elle particulièrement inadéquate, notamment quant aux points 3° et 5° qui prévoient une condamnation automatique du dirigeant à la banqueroute s'il n'a pas fait aveu de faillite dans le mois de la cessation des paiements ou s'il n'a pas tenu ses livres et inventaires conformément aux prescrits du Code de Commerce.

Si la Chambre de Commerce comprend la volonté des auteurs des amendements de durcir le ton vis-à-vis des dirigeants qui ne remplissent pas leurs obligations légales, elle s'oppose à l'introduction d'un régime d'automatisme concernant la condamnation de banqueroutier. La suppression de la faculté d'appréciation des circonstances propres à chaque faillite ne permettra pas de distinguer entre le commerçant malheureux et de bonne foi qui a fait faillite et le commerçant malhonnête ayant abusé de son entreprise et de ses créanciers pour en tirer profit.

La Chambre de Commerce souhaite à cet égard rappeler l'importance du rôle du juge ainsi que son droit à analyser la situation réelle de l'entrepreneur et à rendre une décision circonstanciée. L'importance de la séparation des pouvoirs dans notre démocratie est telle que le juge ne devrait pas en l'occurrence être réduit à prononcer une condamnation pénale sur base du simple non-respect d'un délai.

La Chambre de Commerce souhaite également souligner ici les divergences qui existent entre ces amendements et la volonté des auteurs telle qu'exprimée dans l'exposé des motifs du projet de loi initial.

Elle relève tout d'abord le paradoxe entre le souhait de diminuer le nombre de faillites et l'obligation pour un dirigeant de faire aveu de faillite un mois seulement après la cessation de paiement, qui risque d'amener à une augmentation exponentielle du nombre de faillites dans les prochaines années.

Elle remarque par ailleurs que le fait de condamner à la banqueroute tout dirigeant qui n'a pas fait aveu de la cessation des paiements dans les temps est également incompatible avec la volonté de seconde chance pourtant affichée. Les dirigeants condamnés vont en effet avoir encore plus de mal à relancer une nouvelle activité, notamment parce qu'ils auront des difficultés pour obtenir des financements mais encore parce que le Ministère de l'Economie leur refusera l'octroi d'une autorisation d'établissement en raison de leur absence d'honorabilité. De plus, avec cette condamnation stigmatisante, de nombreux entrepreneurs risquent de ne même plus oser se lancer dans l'aventure.

La Chambre de Commerce s'oppose donc à cet amendement et demande instamment de prendre en considération la réalité des entrepreneurs dont bon nombre seront, à un moment donné, en cessation de paiement et qui après d'énormes sacrifices, parviendront néanmoins à redresser la barre. Elle rappelle qu'il en va de même pour les dirigeants qui, faute de moyens financiers, ne parviennent plus à un certain moment à tenir leurs comptes et inventaires à jour. C'est là que doit intervenir l'analyse circonstanciée du juge qui permettra de déterminer si le dirigeant doit ou non être condamné pour banqueroute.

### **Concernant l'amendement n°137**

La Chambre de Commerce se réjouit de constater que les commentaires de l'Avis de 2013 relatifs à l'absence de qualification des conciliateurs ont été pris en considération dans les amendements. A l'époque, la Chambre de Commerce manifestait en effet son inquiétude quant au fait que la sélection des experts visés par la loi du 7 juillet 1971 n'était soumise à aucun critère établi de qualification ou compétence.

Néanmoins, la Chambre de Commerce constate avec regret que l'amendement demeure assez vague quant à la détermination des honoraires dudit conciliateur, ainsi que quant à leur prise en charge. La Chambre de Commerce est dès lors d'avis que si cette mesure veut avoir un écho favorable, la limitation stricte des honoraires pratiqués par les conciliateurs est indispensable afin d'éviter les abus en la matière conduisant à la création d'une charge financière importante pour les débiteurs d'ores et déjà en difficulté, ou au délaissement pur et simple de cette mesure aux débiteurs qui semblent pouvoir se le permettre. Il serait peut-être opportun de prévoir une aide financière, respectivement une gratuité de l'intervention dans les cas à déterminer.

La Chambre de Commerce réitère également sa proposition de collaborer de manière étroite notamment au regard de son expérience en la matière afin que les conciliateurs qui seront dépêchés auprès des entreprises en difficulté soient des experts dans les matières concernées et puissent apporter une réelle aide au débiteur concerné de par leurs compétence et expérience.

### **Concernant les amendements n°139 et 143**

La Chambre de Commerce se félicite des modifications qui correspondent à des commentaires soulevés dans l'Avis de 2013.

### **Concernant l'amendement n°146**

Malgré l'opposition ferme de la Chambre de Commerce, le nouvel article 97 du projet de loi conserve les modifications prévues au paragraphe 109 de l'*Abgabenordnung* du 22 mai 1931 (ci-après « **AO** ») qui prévoit que sous certaines conditions le dirigeant de société peut être tenu vis-à-vis de l'administration fiscale des dettes de la société faillie.

La jurisprudence interprète jusqu'à présent le paragraphe 109 AO au sens que le simple constat d'un manquement à une obligation fiscale par la société n'était pas suffisant mais qu'il fallait aussi rapporter la preuve d'un comportement fautif dans le chef du dirigeant ("*schuldhaft* *Verletzung*" aux termes du paragraphe 109 AO)<sup>9</sup>.

Les tribunaux exigent ainsi pour la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant prévue à l'article 109 AO, la preuve par l'administration fiscale d'une inexécution fautive des obligations du dirigeant envers le fisc.

La suppression du terme "*schuldhaft*" du paragraphe 109 AO tend ainsi à mettre un terme à cette jurisprudence, avec pour effet de renforcer la responsabilité du dirigeant vis à vis de l'administration fiscale, en supprimant la notion de faute (« *Schuld* »), ce que la Chambre de Commerce ne peut admettre.

La Chambre de Commerce estime que cette modification tend à priver l'administration fiscale et les juridictions administratives de toute faculté d'appréciation des circonstances de chaque faillite.

La Chambre de Commerce rappelle ici encore qu'un régime d'automatisme de responsabilité des dirigeants, dépourvu de toute faculté d'appréciation des circonstances propres à chaque faillite, n'apparaît pas à ses yeux comme étant la solution la plus adaptée, alors qu'un tel régime ne permet pas de distinguer entre le commerçant malheureux et de bonne foi qui a fait faillite et le commerçant malhonnête ayant abusé de son entreprise et de ses créanciers pour en tirer profit. Cette mesure fait en outre preuve d'un caractère pénal prononcé, ou à tout le moins

<sup>9</sup> Tribunal administratif 31/05/1999 N°10808 du rôle

injustement pénalisant, en ce que l'automatisme qui en découle occulte complètement la notion de faute individuelle.

La Chambre de Commerce s'oppose par conséquent fortement à l'amendement n°146 et demande avec insistance que l'article 97 soit retiré du projet de loi alors que le régime d'automatisme de responsabilité du dirigeant de société instauré par les dispositions cumulées des articles 85 (34) et 97 tels que projetés risque de préjudicier grandement à l'esprit entrepreneurial, voire à l'attractivité du Grand-Duché de Luxembourg, et en tout cas pour ce qui est du volet réparateur (seconde chance).

La Chambre de Commerce renvoie pour le surplus à son Avis de 2013.

\* \* \*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord aux amendements parlementaires que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

PEM/DJI