

**N° 6539<sup>14</sup>**

**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2018-2019

---

**P R O J E T   D E   L O I**

**relative à la préservation des entreprises et  
portant modernisation du droit de la faillite, modifiant:**

- (1) le livre III du Code de commerce,**
- (2) la section Ière du chapitre II du titre IX du livre II du Code pénal,**
- (3) les articles L. 125-1, 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 modifiée 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 modifiée du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance,**
- (10) la loi modifiée 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 en 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**

\* \* \*

## AVIS COMPLEMENTAIRE DE LA CHAMBRE DES METIERS

(27.8.2019)

### RESUME STRUCTURE

*Tout en soulignant la nécessité de moderniser le droit positif luxembourgeois en matière d'insolvabilité des sociétés commerciales, la Chambre des Métiers critique que les amendements proposés limitent l'accès à la procédure de réorganisation judiciaire de manière arbitraire alors que cet accès doit, d'une part, être clairement fermé aux entreprises qui fonctionnent de manière frauduleuse, et, d'autre part, être plus largement accordé aux autres entreprises qui demandent une « seconde chance ».*

*La mise en oeuvre de la procédure de réorganisation judiciaire n'est pas non plus satisfaisante car le rôle du secrétariat du Comité de conjoncture et le droit pour un dirigeant d'être assisté par un conciliateur d'entreprise ne sont suffisamment précisés et qu'aucune procédure contraignante pour l'administration n'est prévue.*

*La Chambre des Métiers critique aussi l'aggravation sensible de la responsabilité des dirigeants par le projet de loi sous avis, tel qu'amendé avec, d'une part, la suppression du pouvoir d'appréciation du juge en matière de banqueroute simple, et d'autre part, le remplacement de l'exigence d'une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite par une simple « inexécution répétée d'obligations légales » pour prononcer une interdiction d'exercer jusqu'à vingt années ou engager la responsabilité personnelle du dirigeant à tout ou partie du passif de la faillite.*

*De telles sanctions, qui ne laissent aucune deuxième chance, devraient être exclusivement prononcées, comme aujourd'hui, à l'encontre d'un dirigeant réellement fautif mais pas à l'encontre d'un dirigeant subissant une conjoncture défavorable et dont la seule « faute » est de ne plus pouvoir payer des dettes sociales à l'encontre de créanciers publics, ou d'avoir essayé de continuer à fonctionner malgré un état latent de cessation des paiements.*

\*

Par sa lettre du 19 mars 2018, Monsieur le Ministre de la Justice a bien voulu demander l'avis de la Chambre des Métiers au sujet des amendements parlementaires au projet de loi repris sous rubrique.

\*

### 1. CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous rubrique, déposé le 1<sup>er</sup> février 2013, a fait l'objet des amendements parlementaires adoptés par la Commission juridique le 21 février 2018.

Avec 1.195 ouvertures de faillites enregistrées en 2018 au Grand-Duché de Luxembourg, soit 3,4% des sociétés immatriculées, la nécessité d'un tel projet n'est pas contestée afin de donner les outils adaptés aux entreprises, mais aussi aux créanciers et à l'Etat, pour pouvoir anticiper, éviter ou mieux accompagner les risques économiques et sociaux que représentent chaque faillite.

Pour rappel, le projet de réforme du droit de la faillite tel qu'amendé prévoit trois grandes séries de dispositions :

- des mesures en vue de préserver les entreprises et destinées à remplacer les procédures d'insolvabilité actuelles, rarement utilisées en pratique qui sont le concordat préventif et la gestion contrôlée ;
- la possibilité de prononcer la dissolution administrative d'une entreprise sans liquidation ;
- des mesures de modernisation du droit de la faillite avec la modification du code de commerce, et aussi de différentes lois, dont le code du travail et la loi sur les sociétés commerciales.

#### 1.1. Concernant les mesures en vue de préserver les entreprises

Les mesures en vue de préserver les entreprises sont principalement axées sur la détection des entreprises qui sont en difficulté.

La Chambre des Métiers critique que l'accès à la procédure de réorganisation comporte une marge d'incertitude et que les mesures concrètes d'accompagnement ne soient pas assez précisées.

La Chambre des Métiers estime qu'il faut plus clairement distinguer entre, d'une part, les entreprises qui fonctionnent en infraction avec une ou plusieurs règles élémentaires du droit – que ce soit, par exemple en infraction flagrante au droit d'établissement ou sans respecter les obligations de déclarations auprès du registre du commerce et des sociétés – à l'encontre desquelles les mesures de préservation doivent être fermées, et, d'autre part, les entreprises dont aucune infraction « grossière » n'est relevée, et à l'égard desquelles une réelle « seconde chance » devrait être possible en toute sécurité juridique et simplification administrative.

#### **1.1.1. Le rôle du secrétariat du Comité de Conjoncture**

Suivant le commentaire des amendements sous avis, la mission du secrétariat du Comité de Conjoncture est de « *jouer un rôle proactif de conseil aux entreprises en difficultés* »<sup>1</sup>.

Pour répondre à un tel rôle, la Chambre des Métiers estime que ce secrétariat doit avoir à disposition les compétences et les moyens de le faire, et que sa mission soit encadrée par des procédures concrètes lui permettant d'agir en toute objectivité et impartialité.

Il est regrettable que le projet de loi amendé sous avis définisse la mission du secrétariat du Comité de Conjoncture de manière très large, lui laissant toute latitude sur son rôle effectif.

Suivant le projet de loi sous avis, la mission du secrétariat est mentionnée comme suit :

« *suivre la situation de débiteurs en difficulté* » ;

« *lorsqu'il 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 réorganisations éventuelles* »

« *Lorsque le secrétariat (...) termine l'examen de la situation d'un débiteur, il rédige un rapport contenant les opérations accomplies lors de cet examen, ainsi que ses conclusions.* » (projet d'article 7).

La Chambre des Métiers réitère la position prise dans son précédent avis du 10 octobre 2013<sup>2</sup> et demande que les compétences et les procédures encadrant la mission du secrétariat du Comité de Conjoncture en matière d'accompagnement des entreprises en difficultés soient précisées.

#### **1.1.2. Le rôle du conciliateur d'entreprise**

Le conciliateur d'entreprise, en tant qu'intervenant pouvant être nommé par le ministre de l'Economie à la demande du débiteur, a un rôle fondamental en matière d'accompagnement des entreprises en difficultés.

Le projet de loi sous avis tel qu'amendé propose d'encadrer les conciliateurs d'entreprise et notamment de leur fixer des conditions de qualifications et le montant de leurs honoraires.

Le projet de loi sous avis reste cependant muet concernant la procédure applicable à la nomination d'un conciliateur d'entreprise, en particulier de savoir quels sont les critères pour un dirigeant d'accéder à ce support, et les délais applicables pour la procédure de nomination.

#### **1.1.3. La réorganisation extra-judiciaire par accord amiable**

La procédure de réorganisation extra-judiciaire par accord amiable telle que fixée par le projet de loi sous avis est saluée par la Chambre des Métiers en ce qu'elle permet de conclure un accord avec seulement (et au moins) deux créanciers, sans trop de formalisme, et en toute sécurité pour les parties si une faillite ultérieure devait être prononcée en dépit d'une telle réorganisation.

<sup>1</sup> Commentaire des amendements p.10.

<sup>2</sup> Document parlementaire N°6539<sup>4</sup> p.12

#### **1.1.4. La procédure de réorganisation judiciaire**

La procédure de réorganisation judiciaire permet à une entreprise en difficulté d'obtenir un sursis en vue de permettre un accord amiable extrajudiciaire, un accord des créanciers sur un plan de réorganisation ou un transfert d'activité.

Le sursis accordé ne peut être supérieur à 6 mois, mais il peut être prorogé de maximum 6 mois en cas de circonstances exceptionnelles, et, dans le cas d'une procédure de transfert d'entreprise, porté jusqu'à 12 voire 18 mois.

Suivant l'analyse de la Chambre des Métiers, l'accès à la procédure de réorganisation judiciaire est trop contraignant pour une PME ou une TPE artisanale.

Le projet de loi sous avis impose en effet que la requête en réorganisation judiciaire soit conditionnée à un dossier contenant 10 pièces, dont notamment une situation comptable de l'actif et du passif, et un budget avec une estimation des recettes et des dépenses à faire faire spécialement pour ce dossier par un réviseur d'entreprise, un expert-comptable ou un comptable.

Le rapport du secrétariat du Comité de Conjoncture est aussi à joindre impérativement au dossier de demande d'ouverture de la procédure en réorganisation judiciaire alors qu'aucune procédure contraignante, notamment en ce qui concerne un délai de réponse, n'encadre l'établissement de ce rapport.

Un assouplissement à ce formalisme est apporté par l'amendement n°19, concernant l'article 20 du projet de loi sous avis qui prévoit que, malgré une requête incomplète, le tribunal peut autoriser un dirigeant à compléter ses pièces dans un délai qu'il fixe.

Malgré cet assouplissement, l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire reste conditionnée à des conditions formelles inadaptées à la réalité d'une entreprise qui subit des difficultés financières et qui doit réagir rapidement.

A défaut de recueillir toutes ces pièces dans un délai aussi bref que possible, la seule alternative à la faillite est, suivant le projet de loi sous avis, une réorganisation judiciaire moyennant transfert par décision de justice.

L'accès à la procédure de réorganisation judiciaire en vue de la conclusion d'un accord amiable extrajudiciaire ou un accord sur un plan de réorganisation, tel que prévu par le projet de loi sous avis, n'est pas adapté aux PME ou TPE artisanale qui n'auront d'autre choix que d'opter directement pour la faillite, comme c'est le cas aujourd'hui, ou pour une réorganisation judiciaire moyennant transfert par décision de justice qui n'est pas une solution optimale.

La Chambre des Métiers demande en conséquence que la constitution du dossier de demande d'accès à cette procédure ne soit, ni constitutive de coûts supplémentaires ni subordonnée à l'obtention de pièces supposant des délais non-maîtrisables pour le demandeur.

### **1.2. Concernant la procédure de dissolution administrative sans liquidation**

La procédure de dissolution administrative sans liquidation peut être ouverte à l'initiative du procureur d'État à l'encontre des sociétés qui n'ont pas de salariés et dont l'actif ne dépasse pas les 2.000 euros ; et qui sont, soit en état de cessation des paiements, soit en infraction avec la législation.

La Chambre des Métiers salue cette procédure qui permet d'éliminer de manière rapide et à coût réduit pour la collectivité, des « coquilles vides » ou des petites structures en infraction avec la législation, voire en état de cessation des paiements.

### **1.3. Concernant les dispositions modificatives**

Les amendements sous avis proposent une modernisation de nombreuses dispositions légales, dont notamment le Code du commerce, le Code pénal, le Code du travail, le Nouveau Code de procédure civile et la loi sur les sociétés commerciales.

#### **1.3.1. Les nouvelles dispositions en matière de banqueroute**

Si le projet de loi sous avis conserve la distinction entre banqueroute simple et banqueroute frauduleuse, il décriminalise la banqueroute frauduleuse et déplace les dispositions relatives à la banqueroute du Code de commerce vers le Code pénal.

La banqueroute simple reste punie d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 251 à 25.000 euros, et la banqueroute frauduleuse est susceptible d'une peine d'emprisonnement de six mois à cinq ans (au lieu de l'actuelle réclusion de cinq à 10 ans actuellement prévue) et d'une amende de 500 à 500.000 euros.

La Chambre des Métiers critique que le projet de loi sous avis tel qu'amendé supprime la faculté pour le juge de ne pas prononcer la banqueroute simple dans les cas actuellement visés par l'article 574 du Code de commerce, dont la circonstance de ne pas déclarer la cessation des paiements dans le délai d'un mois de la survenance de cet événement.

Les cas de banqueroute simple visés par l'article 574 du Code de commerce doivent rester de la libre appréciation du juge pour prononcer ou ne pas prononcer une telle sanction pénale en fonction des circonstances particulières propres à chaque affaire.

Imposer une compétence liée pour ces cas ne va pas en faveur du développement de la fibre entrepreneuriale et ne donne pas de seconde chance aux dirigeants confrontés à des difficultés économiques indépendantes de leur volonté.

### **1.3.2. La condamnation du dirigeant en comblement de passif et l'interdiction d'exercer favorisée**

Le projet de loi sous avis propose de favoriser la condamnation du dirigeant de droit ou de fait d'une entreprise en faillite aux sanctions de l'interdiction d'exercer de l'article 444-1 du Code de commerce, et du comblement de passif de l'article 4951 du Code de commerce, en remplaçant la condition de la *faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite par celle de la faute grave dont l'inexécution répétées d'obligations légales*.

La Chambre des Métiers critique cette possibilité qui permet de condamner très lourdement un dirigeant dont la seule faute est d'être en défaut de pouvoir payer les charges sociales ou fiscales en raison d'une évolution défavorable des affaires de son entreprise.

Il échet de rappeler que le dirigeant est déjà pénalisé du seul fait de la faillite, puisque conformément à l'article 28 paragraphe 6 de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions, l'autorisation d'établissement perd sa validité en cas de jugement déclaratif de faillite.

De plus, en cas d'arriérés importants en matière de TVA ou de cotisations sociales, la demande d'autorisation d'établissement sera mise en suspens jusqu'au règlement de toutes les dettes, conformément à l'article 6 paragraphe 4 de cette même loi, suivant lequel *constituent d'office un manquement qui affecte l'honorabilité professionnelle du dirigeant (...) l'accumulation de dettes importantes auprès des créanciers publics dans le cadre d'une faillite ou liquidation judiciaire prononcées*.

\*

## **2. OBSERVATIONS PARTICULIERES**

La Chambre des Métiers réitère les différentes remarques faites dans son avis du 10 octobre 2013<sup>3</sup> auquel elle renvoie, et ajoute les observations particulières suivantes concernant les amendements ci-après :

### **2.1. Amendement n °6 concernant l'article 5 du projet de loi**

Cet amendement reformule le droit d'accès du secrétariat du Comité de Conjoncture aux informations concernant les débiteurs, en précisant notamment que cet organe a la possibilité de déterminer les entreprises en difficultés sur base de « *critères objectifs et vérifiables* » et de collecter tous « *renseignements et données utiles*. »

Ces dispositions doivent être reformulées afin de mieux encadrer ces possibilités d'accès et de collecte de données et de limiter les atteintes potentielles à la vie privée de personnes physiques.

<sup>3</sup> Document parlementaire N°6539<sup>4</sup> p.12

## 2.2. Amendement n°8 concernant l'article 9 du projet de loi

La procédure du traitement d'une demande de nomination d'un conciliateur d'entreprises, et en particulier, les délais et les critères permettant d'accéder à cette nomination, doit être détaillée en raison de la position clé de cet intervenant pour réorganiser les d'entreprises en difficultés, et éviter nombre de faillites.

## 2.3. Amendement n°12 concernant l'article 13 du projet de loi

Le nombre et la nature des pièces constitutives du dossier à joindre à une requête en procédure de réorganisation judiciaire doivent être revus, afin de ne pas imposer à une entreprise en difficulté la constitution de pièces génératrices de coûts et de délais non maîtrisables.

## 2.4. Amendement n °88 concernant l'article 444-1 du Code de commerce et amendement n °107 concernant l'article 495-1 du Code de commerce

La notion de « *faute grave dont l'inexécution répétées d'obligations légales* » est trop extensive et la Chambre des Métiers demande de conserver la condition actuelle de « *faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite* » comme condition au prononcé des sanctions susvisées.

La nouvelle rédaction de l'article 444-1 du Code de commerce par le projet de loi sous avis devrait être revue en ce qu'il restreint l'interdiction d'exercer aux seules fautes graves « *commises dans le cadre de la faillite* » et de plus sans préciser le lien entre la faute et la faillite (s'agit-il de fautes commises à partir de la date du jugement d'ouverture d'une faillite ? ou à partir de la date de la période suspecte ?).

La référence à une faute grave « *commise dans le cadre de la faillite* » est inexacte et doit être remplacée par celle d'une faute « *ayant contribué à la faillite.* »

## 2.5. Amendement n°134 concernant l'article 490 du Code pénal

La Chambre des Métiers critique la suppression de la faculté pour le juge de ne pas prononcer la banqueroute simple, et elle demande que la formulation du texte original de l'article 574 du code de commerce, soit reprise dans ce projet d'article.

\*

La Chambre des Métiers ne peut approuver le projet de loi lui soumis pour avis que sous la réserve expresse de la prise en considération de ses observations ci-avant formulées.

Luxembourg, le 27 août 2019

*Pour la Chambre des Métiers*

*Le Directeur Général,*  
Tom WIRION

*Le Président,*  
Tom OBERWEIS

