

N° 6539⁵

CHAMBRE DES DEPUTES

Session extraordinaire 2013-2014

PROJET DE LOI

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

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

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(2.12.2013)

L'objet du projet de loi sous avis est d'introduire diverses mesures afin de mettre en oeuvre le programme gouvernemental de 2009 en ce qui concerne les entreprises en difficulté.

Ainsi le projet de loi se propose-t-il de créer un certain nombre de mesures afin de préserver les entreprises et moderniser le droit de la faillite.

Le projet de loi, qui s'inspire largement du droit belge, comporte plusieurs volets, à savoir les volets dits préventifs et réparateurs, ainsi que des aspects répressifs et sociaux.

*

RESUME SYNTHETIQUE

Il s'avère que depuis plusieurs années, le nombre de faillites n'a malheureusement fait que croître pour dépasser la barre fatidique des 1.000 faillites en 2012. Certains secteurs sont plus touchés que d'autres. Parmi ceux-ci toutefois, certains ont fait preuve d'une capacité de résorption plus grande et plus rapide. Il en est ainsi plus particulièrement du secteur de la construction ou encore de celui de l'Horeca, qui a une nouvelle fois mis en exergue sa capacité de créer de l'emploi, même en temps de crise, avec une création nette d'emploi de 800 postes au 30 septembre 2013¹.

¹ Présentation de l'étude Ernst & Young sur la contribution du secteur horeca et brassicole à l'économie européenne et celle du Grand-Duché de Luxembourg, Chambre de Commerce le 15 Octobre 2013 en présence des Ministres du Tourisme et des Classes Moyennes et du Travail.

Par ailleurs, il est également avéré qu'un certain nombre de faillites tirent leur origine dans des actes délibérés de fraude à la TVA ou de non-paiement systématique des cotisations de la sécurité sociale. Dans ces cas qui distordent la concurrence et risquent de porter préjudice à des segments entiers de l'économie, comme celui de la construction, l'aspect répressif et celui de la rapidité de réaction des administrations doivent prévaloir. La Chambre de Commerce fait cette remarque d'emblée, car si le nombre de ce type de faillites en particulier est moins important, ses effets sur le chômage et sur les finances de l'Etat et de la sécurité sociale sont substantiels.

La Chambre de Commerce ne peut marquer son accord au projet de loi sous avis que sous réserve de la prise en compte de ses observations. Elle observe toutefois que ce projet de loi est plus abouti que le projet de loi n° 5157 déposé en mai 2003². Elle se félicite ainsi tout particulièrement de la volonté des auteurs du projet de loi d'adopter une approche holistique, afin de tenter de couvrir tous les aspects de la situation du débiteur en difficulté.

La Chambre de Commerce salue également le caractère volontaire des mesures élaborées, en ce que celles-ci nécessitent que le débiteur manifeste une volonté en ce sens. Elle relève toutefois que certaines améliorations devraient encore être apportées, et ce pour augmenter l'efficacité du soutien à apporter à l'entreprise en difficulté.

De l'avis de la Chambre de Commerce, le projet de loi se concentre par ailleurs trop sur le volet „prédictif“ ou „prévisionnel“ de la faillite. Bien que des mesures soient introduites, voire des intervenants institutionnalisés et leurs missions précisées dans le cadre du projet, notamment en ce qui concerne le secrétariat du Comité de conjoncture et la Cellule d'évaluation des entreprises en difficulté, ces mesures interviennent trop tard dans la vie d'une entreprise en difficulté. Ces mesures ont plutôt vocation à prédire quand une entreprise va tomber en faillite au regard des informations (clignotants) qui seront transmises à ces instances, que de véritablement prévenir les difficultés. Le projet de loi est donc, de l'avis de la Chambre de Commerce, trop prévisionnel et pas assez préventif.

Au sein des mesures de réorganisation mises en œuvre, la Chambre de Commerce salue expressément la création du conciliateur d'entreprises et souhaite que cette fonction soit développée, afin de lui donner toutes ses chances de succès. Le conciliateur doit être une personne proche du monde des petites et moyennes entreprises qui connaît parfaitement ses rouages. Par ailleurs, les coûts liés à l'intervention d'un tel expert doivent être raisonnables, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'entreprises par définition en difficulté. A noter que le bilan des dispositions belges relatives à cette fonction est plutôt mitigé dans la mesure où il appert qu'il est souvent difficile de trouver une telle personne à des coûts raisonnables. La qualification, la compétence et l'expérience de cette personne sont également des éléments cruciaux qui ne sont pas suffisamment garantis en l'état actuel du projet de loi (cette dernière remarque vaut également pour les autres intervenants pour lesquels un renvoi à la loi du 7 juillet 1971 portant, en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés et complétant les dispositions légales relatives à l'assermentation des experts, traducteurs et interprètes, est opéré par le projet de loi sous avis). La Chambre de Commerce est toutefois prête à offrir son concours et son expertise³ afin de développer plus particulièrement cette mesure de la manière la plus efficace possible. Elle suggère par ailleurs de s'inspirer des centres de prévention comme il en existe en Belgique ou en France et qui offrent des conseils donnés par des professionnels, tout en encadrant strictement les coûts y afférents.

En ce qui concerne le volet réparateur relatif à l'octroi d'une seconde chance au débiteur malchanceux qui se verra le cas échéant libéré de l'obligation de payer le solde du passif, la Chambre de Commerce estime que le but n'est pas véritablement atteint. Traité en combinaison avec le volet répressif qui alourdit sensiblement la responsabilité du dirigeant en matière d'action en comblement du passif et d'interdiction de faire commerce⁴ – la faute grave et caractérisée exigée à l'heure actuelle serait purement et simplement remplacée, sans nuance, par celle de „faute de gestion“ – il s'avère que ces dispositions sont dangereuses et risquent même le cas échéant d'être contradictoires avec la notion même de responsabilité limitée typique pour les S.à r.l. et les S.A. Cette mesure est également inadaptable, contraire à l'esprit d'entreprendre et *in fine* à la volonté affichée d'octroyer une seconde chance.

2 Projet de loi 5157 portant des mesures ponctuelles en matières de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées. Ce projet de loi a été retiré suite au dépôt du projet de loi sous avis.

3 La Chambre de Commerce est notamment à l'origine du „Vaccin Anticrise“ qui comprend l'intervention d'accompagnateurs agréés qui ont accepté de plafonner leurs honoraires à des montants très raisonnables.

4 Voir *infra*, point 2.6.3.

La Chambre de Commerce craint à juste titre, alors que les tribunaux commerciaux ne sont pas des juridictions consulaires comme c'est le cas en Belgique ou en France – pays dont la proposition de modification spécifique à l'aggravation de la responsabilité du dirigeant est inspirée – que ce changement ne conduise à une quasi automaticité des condamnations en termes de responsabilité des dirigeants d'entreprises. Ceci est, faut-il le préciser, par ailleurs également tout à fait contraire à l'esprit de séparation des patrimoines et à la volonté déclarée de désengorger les tribunaux. La Chambre de Commerce demande par voie de conséquence que ces dispositions aggravant la responsabilité du dirigeant en matière d'action en comblement du passif et d'interdiction de faire commerce soient purement et simplement retirées du projet de loi. Il en est de même en ce qui concerne la proposition introduite à l'article 95 du projet de loi sous avis de supprimer les termes „*schuldhafte Verletzung*“ au paragraphe 109 de la *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), alors qu'il s'agit d'une aggravation excessive de la responsabilité des dirigeants qui va dans le même sens.

La Chambre de Commerce exhorte par ailleurs les autorités à surveiller l'application plus stricte de la loi en matière de non-respect des délais pour le paiement des impôts et des cotisations de sécurité sociale, alors que ce non-paiement par certains entrepreneurs, parfois pendant des périodes très longues, voire de manière définitive, constitue un acte de concurrence déloyale évident par rapport aux entrepreneurs qui, eux, se plient aux dispositions légales dans les délais impartis, et que ce comportement nuit *in fine* à l'ensemble de la collectivité.

En ce qui concerne la décriminalisation de la banqueroute, la Chambre de Commerce est d'avis que le message donné n'est pas favorable, alors qu'il pourrait laisser penser que cette infraction devient moins grave, la banqueroute n'étant „plus qu'un délit“ au lieu d'un crime actuellement. Par ailleurs, elle estompe la volonté de distinguer entre entrepreneurs malhonnêtes et honnêtes, ce qui est contraire aux réflexions menées au niveau européen qui tendent précisément à bien distinguer ceux-ci. Le changement envisagé risquerait, aux yeux de la Chambre de Commerce, d'entretenir encore plus la confusion, déjà existante dans l'esprit du citoyen lambda, entre les entrepreneurs honnêtes et les faillites frauduleuses „organisées“. La Chambre de Commerce souhaite au contraire que les entrepreneurs malhonnêtes soient démasqués le plus tôt possible – les biens ayant de la valeur disparaissant souvent plus d'un an avant la faillite frauduleuse – et que des poursuites soient réellement menées à terme. De véritables sanctions doivent en effet être appliquées à ces personnes malintentionnées qui faussent la concurrence, détruisent des emplois et laissent à d'autres la charge de leurs actes, alors que de leur côté, elles s'en sortent, la plupart du temps, indemnes pour mieux recommencer le cas échéant. La Chambre de Commerce invite donc ici aussi les auteurs à reconsidérer les modifications projetées, alors que celles-ci sont jugées inadéquates. Elles ne visent pas les bonnes personnes et vont rester lettre morte quant aux objectifs poursuivis, d'une part, et, d'autre part, elles risquent de nuire à des entrepreneurs qui ne sont pas ceux qui devraient être visés.

La Chambre de Commerce a pris connaissance de l'avant-projet de loi sur le bail commercial et modifiant certaines dispositions du Code civil et de la loi du 21 septembre 2006 sur le bail à usage d'habitation. Cet avant-projet de loi, adopté par le Conseil de gouvernement en date du 4 octobre 2013, a notamment pour objectif d'enrayer la spirale de spéculation basée sur des sous-locations successives dans le seul but de relouer à un prix supérieur, ce qui a dans certains cas comme effet que des entreprises pourtant bien établies, soient forcées de devoir cesser leur activité. Il vise aussi à améliorer la sécurité de planification du preneur par l'encadrement de la durée, des modalités de reconduction et de renouvellement du bail commercial, et à fixer les conditions de résiliation de celui-ci. Sont encore prévues des dispositions relatives aux indemnités d'éviction et l'interdiction de la pratique du pas-de-porte.

Sans entrer pour l'heure dans le détail de ces dispositions élaborées suite aux faillites récentes qui ont secoué le monde du commerce et que la Chambre de Commerce commentera dans un avis séparé, elle tient néanmoins déjà à saluer la volonté de réformer le droit relatif au bail commercial attendue avec impatience.

En ce qui concerne la procédure administrative de dissolution sans liquidation, cette initiative constitue une véritable innovation soutenue par la Chambre de Commerce. Cette procédure va en effet considérablement réduire les coûts relatifs aux coquilles vides et désengorger les tribunaux de procédures qui sont souvent liées à des sociétés qui n'ont plus d'actifs.

Le projet de loi comprend encore un volet social matérialisé dans le cadre des mesures de réorganisation judiciaire projetées qui ont pour objet de préserver l'activité et les emplois qui l'accompagnent

afin de parfaire l'approche globale des entreprises en difficulté souhaitée à juste titre par les auteurs du projet de loi.

Finalement, au regard des évolutions du droit belge en la matière, qui fait actuellement l'objet d'une réforme, la Chambre de Commerce invite les auteurs à suivre de près les critiques faites dans ce cadre afin d'éviter d'emblée les écueils rencontrés en droit belge – droit qui est, comme précisé plus haut, la source principale d'inspiration du projet de loi sous avis et de notre droit des sociétés en général.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord au projet de loi que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

Appréciation du projet de loi

	<i>Incidence</i>
Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	+
Impact financier sur les entreprises	+ ⁵
Transposition de la directive	n.a.
Simplification administrative	+
Impact sur les finances publiques	+
Développement durable	+

Légende:

++	très favorable
+	favorable
0	neutre
-	défavorable
--	très défavorable
n.a.	non applicable

*

CONSIDERATIONS GENERALES

La Chambre de Commerce souhaite, avant d'entrer dans l'analyse du projet de loi sous avis, situer le contexte général dans lequel celui-ci se place, en retraçant le contexte économique et légal qui encadre le droit de la faillite.

1. Le contexte général de la modernisation du droit de la faillite

1.1. Le contexte économique

Quand il est question de faillites, on a tout naturellement tendance à penser aux „entreprises“ ou aux „entrepreneurs“, dont les définitions et les profils sont cependant variés et évoluent avec le temps.

⁵ L'impact du projet de loi devrait être perçu de manière positive, si les mesures de prévention envisagées et celles proposées dans le cadre du présent avis sont mises en oeuvre de manière adéquate.

1.1.1 *Les entrepreneurs*

On s'accorde sur une origine française du mot „entrepreneur“ qui aurait depuis toujours véhiculé une association au risque et à l'aventure.

La deuxième moitié du XIXème siècle avec son nouveau dimensionnement des entreprises se dote d'un autre type d'entrepreneur, davantage tourné vers la gestion. Les entreprises deviennent ainsi de plus en plus complexes et l'on voit apparaître une dimension „managériale“ intimement rattachée au concept de l'entreprise, appréhendée comme organisation. Dans la première moitié du XXème siècle naît une nouvelle compréhension de l'entrepreneur, faisant de lui le moteur du progrès technique, en lui attribuant un rôle fondamental de „destructeur créatif“, à l'origine des innovations de rupture. Dans la seconde moitié du XXème siècle, on parle plutôt de lui comme d'un facteur d'équilibre de par sa recherche continue de niches d'opportunité.

De nos jours vient s'y ajouter un élément d'insertion sociale en ce que l'entrepreneur crée d'abord son propre emploi. Ceci est un élément non négligeable dans un monde qui vit depuis longtemps avec des taux de chômage ou de non-insertion inquiétants. Cet élément d'insertion sociale devient d'ailleurs de plus en plus important à l'heure où le Grand-Duché de Luxembourg, comme d'autres pays européens, reste bloqué dans une crise dont personne ne parvient à prédire la fin. De plus en plus de personnes créent leur entreprise, non pas par envie ou par passion, mais plutôt poussés par la peur du chômage ou parce qu'ils n'ont pas d'autre choix, ce qui engendre un nouveau profil d'entrepreneurs.

Ces „entrepreneurs de nécessité“ constituent environ trente-huit pour cent de la masse entrepreneuriale au Luxembourg, ce qui reste néanmoins inférieur à la moyenne européenne⁶.

L'entrepreneur au Luxembourg est aujourd'hui également caractérisé par sa moyenne d'âge élevée (55 ans). Cela engendre aussi des conséquences sur la vie économique et sur la viabilité des entreprises luxembourgeoises, car ce type d'entrepreneur est malheureusement moins innovant et s'adapte moins (vite) aux besoins changeants des consommateurs. De plus, lorsque la crise économique a commencé à toucher le Luxembourg, ils n'ont que peu réagi et sont maintenant pour certains enlisés dans des situations difficiles.

Ces différents profils entrepreneuriaux et leur évolution ont bien entendu une influence sur les faillites auxquelles le Luxembourg est actuellement confronté.

1.1.2 *Les entreprises*

Alors que, pendant des décennies, le terme „entreprise“ visait uniquement les grosses sociétés, on a assisté, avec les grands bouleversements dans le capitalisme industriel à partir des années '70 – à commencer par le fractionnement des marchés et la remise en question du dimensionnement en tant qu'objectif en soi, en passant par l'émergence du secteur des services, basée sur les innovations dont les PME furent les grands protagonistes, pour finir avec la révolution copernicienne engendrée par les nouvelles technologies – à un renversement important de la situation.

A l'heure actuelle, au sein de l'Union européenne, plus de quatre-vingt-dix-neuf pour cent 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 quatre-vingt-dix-neuf pour cent et demi de PME pour 2011⁷ (et ce, même si l'on note une légère diminution depuis 2010). On constate par ailleurs que la plupart des entreprises luxembourgeoises (88,6%⁸), outre le fait qu'elles entrent dans la catégorie des PME, sont aussi des microentreprises, 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'euros⁹.

6 Commission européenne, Fiche technique Luxembourg 2012 Small Business Act, 2012. Il est par ailleurs important de ne pas négliger les entreprises créées par opportunité car elles sont plus rentables et plus durables que celles qui sont créées par nécessité.

7 Commission européenne, Fiche technique Luxembourg 2012 Small Business Act, 2012, estimations basées sur les chiffres de la période 2005-2009 tirés de la base de données des Statistiques structurelles sur les entreprises (Eurostat).

8 *Ibid.*

9 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 20.5.2003.

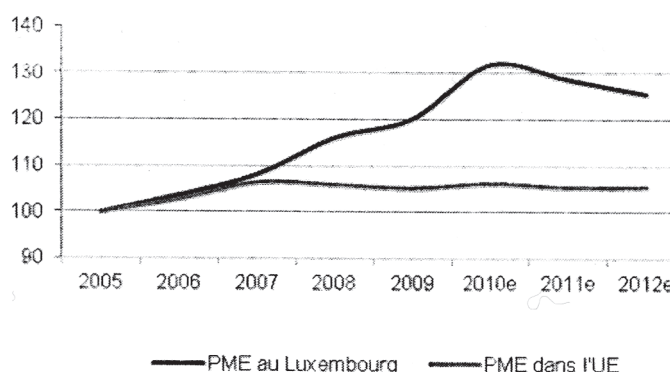
Malgré leur petite taille, les PME luxembourgeoises sont très dynamiques et contribuent davantage, en termes de valeur ajoutée, à l'économie du pays (pratiquement 73%) que dans la plupart des pays de l'Union européenne (58%)¹⁰. Il est donc important de ne pas les négliger, notamment – et surtout – dans le cadre d'une réforme du droit des faillites.

1.1.3. Les faillites

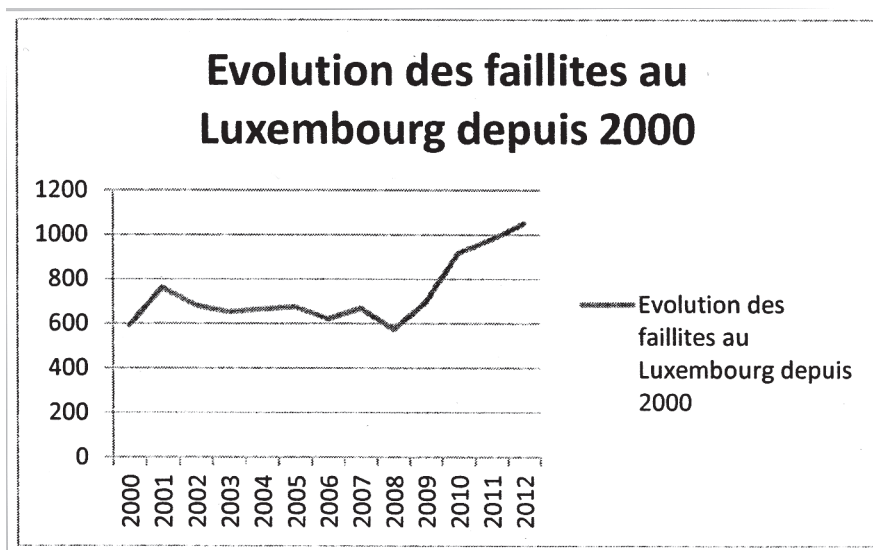
A en juger par la démographie positive des entreprises installées sur le territoire luxembourgeois par rapport à l'Union européenne, sans oublier le nombre toujours croissant de prestataires transfrontaliers, l'entrepreneuriat au Luxembourg connaît apparemment une évolution assez dynamique.

Nombre de PME

(Indice: 2005 = 100, estimations à partir de 2010)



Néanmoins, depuis plusieurs années, le nombre de faillites prononcées au Luxembourg ne cesse d'augmenter. Alors qu'il se situait autour de 600 à 700 par an pour la période de 2000 à 2009, il franchit depuis 2010 de nouveaux seuils: 918 faillites prononcées en 2010, 978 faillites prononcées en 2011 et 1.050 faillites prononcées en 2012¹¹. Le Luxembourg dépasse donc pour la première fois la barre des 1.000 faillites prononcées sur l'année.



Source: Statec

¹⁰ Commission européenne, Fiche technique Luxembourg 2012 Small Business Act, 2012.

¹¹ Source: Statec.

Si l'on regarde de plus près les entreprises touchées par ces faillites, on constate que leurs profils sont variés avec, d'une part, beaucoup de petites sociétés ayant peu de salariés et, d'autre part, quelques sociétés importantes ayant de nombreux salariés. On note en effet que dans environ trente pour cent des faillites, il n'y a aucun salarié, dans environ quarante pour cent des faillites, il n'y a qu'un seul salarié concerné, dans vingt pour cent des faillites, il y a entre 2 et 5 salariés concernés et dans dix pour cent des faillites, plus de 5 salariés sont concernés.

Les faillites touchent donc en premier lieu les microentreprises au Luxembourg. Ceci a évidemment des répercussions sur la moyenne du nombre de postes de travail détruits par faillite. Alors qu'une faillite génère, dans la moyenne européenne, la perte de quelque treize emplois, elle n'en génère, en comparaison, que trois au Luxembourg et ce même en tenant compte des faillites „importantes“ avec des centaines de pertes d'emplois à la clef.

Le nombre moyen d'emplois perdus suite à une faillite (tous secteurs confondus) s'élevait ainsi précisément en 2010 à 3,08; en 2011 à 3,39 et en 2012 à 3,06.

A noter toutefois que les chiffres qui vont suivre sont des chiffres extrêmement volatils qui ne peuvent être comparés à une distribution de Pareto. Par ailleurs, ces chiffres doivent être mis en rapport avec la capacité de résorption des secteurs respectifs, certains étant mieux à même de résorber des pertes d'emploi, voire de créer de nouveaux postes, ainsi que cela a été évoqué précédemment¹². Cela est révélateur de certains secteurs, qui plus que d'autres peut-être, sont constamment à la recherche de main-d'oeuvre qualifiée.

Finalement, ces chiffres doivent aussi être mis en rapport avec les chiffres d'emploi total des années en question.

Ainsi, en ce qui concerne le nombre de pertes d'emploi par taille d'entreprise, il ressort qu'en 2010, parmi les 5 principales entreprises responsables de la hausse des pertes d'emplois, on comptait 2 entreprises du secteur de la construction (91 pertes d'emploi), une entreprise du secteur du transport et entreposage (47 pertes d'emploi), une entreprise du secteur des activités spécialisées, scientifiques et techniques (45 pertes d'emploi) et une entreprise du secteur du commerce, des réparations automobiles et de motocycles (44 pertes d'emploi).

En 2011, les 5 faillites ayant engendré les plus grosses pertes d'emplois concernaient 2 entreprises du secteur de la construction (540 pertes d'emploi), une entreprise du secteur du commerce, des réparations automobiles et de motocycles (62 pertes d'emploi), une entreprise du secteur de l'hébergement et de la restauration (56 pertes d'emploi) et une entreprise du secteur autres activités de service (46 pertes d'emploi).

En 2012, les 5 faillites les plus lourdes concernaient 4 entreprises du secteur de la construction (337 pertes d'emploi) et une entreprise du secteur des services administratifs et de soutien (53 pertes d'emploi).

En termes de pourcentage, cela représente pour les cinq plus grosses faillites respectivement 8%, 21,2% et 12,1% des pertes d'emploi totales par an. En termes de pourcentage par rapport à l'emploi total sur l'année concernée, ceci représente respectivement 0,06%, 0,2% et 0,1% de l'emploi intérieur luxembourgeois.

En termes de secteurs concernés, les profils sont également divers.

Les trois secteurs les plus concernés par les faillites depuis 2000 sont le secteur de la construction (127 faillites en 2012), le secteur du commerce de gros (123 faillites en 2012) et le secteur de l'Horesca (130 faillites en 2012)¹³. On constate également en 2012 une croissance très importante du nombre de faillites dans le secteur des activités financières et d'assurance (essentiellement les SOPARFI), qui passe de 113 faillites prononcées en 2011 à 171 faillites prononcées en 2012¹⁴.

¹² Voir note de bas de page n° 1

¹³ Statec.

¹⁴ *Ibid.*

*Faillites prononcées par les tribunaux de commerce par
branche d'activité 2000-2012¹⁵*

<i>Année</i>	<i>2000</i>	<i>2004</i>	<i>2005</i>	<i>2006</i>	<i>2007</i>	<i>2008</i>	<i>2009</i>	<i>2010</i>	<i>2011</i>	<i>2012</i>
Total	593	665	675	621	659	574	693	918	978	1.050
Agriculture	4	2	1	1	3	2	-	2	-	1
Industrie	14	19	17	15	18	19	32	27	22	26
Construction	77	88	98	88	99	95	117	111	153	127
Commerce et réparation automobile	35	23	29	34	27	28	28	31	30	37
Commerce de gros	144	131	118	130	120	85	94	139	148	123
Commerce de détail	75	66	75	57	51	62	66	78	87	90
Transports et entreposage	18	31	21	33	34	18	47	42	47	65
Horesca	67	94	92	81	90	83	103	88	118	130
Information et communication	22	24	32	30	35	26	20	35	39	39
Activités financières et d'assurance	33	41	59	42	38	31	62	145	113	171
Activités immobilières	24	38	29	16	31	25	33	73	40	45
Activités spécialisées, scientifiques et techniques	41	63	62	51	56	49	48	91	99	106
Activités de services administratifs et de soutien	16	24	24	26	27	24	22	29	47	52
Autres activités de services	19	19	18	17	30	27	21	27	31	38
Activités non classées ailleurs	4	2	-	-	-	-	-	-	4	-

Quant aux formes juridiques les plus touchées par les faillites, il s'agit tout d'abord des sociétés à responsabilité limitée et ensuite des sociétés anonymes.

Parallèlement, alors qu'en 2009, quarante et un pour cent des entreprises en faillite étaient en phase de démarrage (moins de 3 ans d'existence), seules vingt-deux pour cent des faillites de l'année 2012 concernaient de telles entreprises. On constate donc une certaine amélioration à ce niveau. Il y a néanmoins un revers à cette médaille: le nombre d'entreprises expérimentées qui tombent en faillite est, quant à lui, de plus en plus élevé.

Une autre évolution concerne les entités qui sont à l'origine de ces faillites. Alors qu'il y a encore 25 ans on constatait une inertie quasi totale des administrations quant au non-paiement des charges sociales et fiscales, on remarque aujourd'hui que quatre-vingt-dix pour cent des faillites se révèlent de prime abord au moment de la demande du centre commun de sécurité sociale et des bureaux d'impôts directs et indirects. Il s'agit certes d'une évolution positive, mais la Chambre de Commerce estime que la rapidité de réaction de ces entités pourrait encore être améliorée et qu'il faudrait instaurer une réelle politique des pouvoirs publics en matière de recouvrement des impôts et des cotisations sociales, celle-ci englobant aussi, mais pas seulement, l'aspect d'une application plus stricte des délais de paiement et celui de ne pas laisser s'accumuler les montants dus. En effet, le fait de ne pas laisser s'accumuler les dettes peut également être considéré comme une mesure préventive car cela permet que la sonnette d'alarme soit tirée plus tôt, et le cas échéant, avant qu'il ne soit véritablement trop tard. La Chambre de Commerce exhorte par conséquent les pouvoirs publics à se concerter afin de mettre en oeuvre le plus rapidement possible des moyens appropriés en vue d'adopter une politique **responsable** en matière de recouvrement des impôts et des cotisations sociales dans un délai rapproché, et ce, dans l'intérêt de la collectivité toute entière.

Malgré l'augmentation du nombre des faillites, les récentes prévisions semblent néanmoins démontrer que les PME au Luxembourg ont mieux résisté à la crise que dans la plupart des autres pays de l'Union européenne, et ce pratiquement sur tous les fronts: nombre d'entreprises, nombre de personnes employées et valeur ajoutée brute¹⁶.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Commission européenne, Fiche technique Luxembourg 2012 Small Business Act, 2012.

A noter toutefois que, s'il est vrai que le nombre de faillites est actuellement en augmentation et qu'il serait bon de prendre des mesures afin d'enrayer ce phénomène, il est aussi important de rappeler que le nombre de faillites est aussi la face cachée d'une activité économique dynamique.

L'entreprise n'est pas nécessairement faite pour durer éternellement et les faillites doivent être considérées comme faisant partie d'un processus de sélection naturelle, ou tout simplement, de l'économie de marché qui permet de favoriser le jeu de la concurrence et de faire le tri entre les bonnes entreprises et les moins bonnes.

Bien entendu, cela ne signifie pas qu'une réforme du droit de la faillite n'est pas nécessaire. Mais cette réforme doit s'inscrire dans une tentative globale de réduction du nombre d'entreprises qui devront mettre la clé sous la porte et ne doit en aucun cas avoir pour objectif de maintenir en vie artificiellement les entreprises, en évitant la procédure de faillite à tout prix, ou en retardant une faillite qui est inéluctable.

Dans le cadre d'une modernisation du droit de la faillite luxembourgeois, il est crucial de ne pas perdre de vue ce contexte économique et les statistiques qui précèdent, notamment afin de mieux s'interroger sur les causes et les caractéristiques des entreprises touchées par une faillite, et de prendre les mesures les plus équilibrées pour les enrayer.

1.2. *Le contexte légal: évolution historique*

La sévérité bien connue du droit des faillites nous vient du monde romain (notamment via les républiques italiennes du Moyen-Age). Le développement de l'empire romain – avec ses provinces, commerces et routes – a conduit les romains à organiser la faillite avec soin. A l'époque, la procédure de la „*manus injectio*“ donnait au créancier le droit de s'emparer de la personne et des biens du débiteur en cas de non-paiement. Par la suite, la saisie collective du patrimoine du débiteur, sous contrôle du „*magister bonorum*“, s'est peu à peu substituée aux saisies individuelles favorisant les créanciers les plus diligents¹⁷.

Cette procédure réapparaît ensuite sous certaines formes vers le Xème siècle en Italie du Nord. Ces références parviendront ensuite jusqu'à nous par l'intermédiaire des foires de marchands.

Au XVIème siècle, le climat des réformes est favorable à la création et au développement des entreprises. Cette augmentation du nombre de créations d'entreprises augmente aussi le risque, et donc l'échec, le caractère pénal de la procédure demeurant très marqué. Ce n'est qu'au XVIIIème siècle que les tribunaux de commerce seront autorisés à connaître de la faillite¹⁸.

L'élaboration du Code de commerce en 1806-1807 va confirmer cette sévérité, corollaire de la faillite. Lors des débats, l'attention fut prioritairement portée sur la loi relative aux faillites qui seule importait à Napoléon et dont le dispositif ne semblait jamais suffisamment répressif. Cette loi sera qualifiée de „loi sévère“ par certains orateurs du Gouvernement¹⁹.

Le Code de commerce s'est attaché à développer les règles juridiques, mais a peu suivi la logique économique. Cette approche devint assez rapidement obsolète et d'importantes modifications durent être apportées au Code de commerce, en considération des conditions nouvelles créées par la révolution industrielle²⁰. Dès 1830, on parle ainsi de la faillite comme d'une procédure lourde et chère dans le cadre de laquelle les créanciers n'ont plus d'actifs à se partager, dont ils attendent longtemps l'issue, qui ne leur est par ailleurs que rarement favorable. Le droit de la faillite ne fait finalement pas de différence entre les grandes entreprises et les petites et ne permet pas aux nouvelles entreprises de grandir sereinement.

Au Luxembourg également, le droit des faillites est rapidement apparu comme peu adapté mais n'a néanmoins été modifié de manière importante qu'à quatre reprises seulement, à savoir par (i) la loi du 2 juillet 1870 portant révision de la législation sur les faillites, banqueroutes et sursis, (ii) l'arrêté grand-ducal du 4 octobre 1934 complétant et modifiant certaines dispositions du Code de commerce concernant les sursis de paiement et le concordat préventif de la faillite, (iii) la loi du 21 juillet 1992

17 Roucolle E., „Histoire du droit de la faillite en France: une approche des représentations de la défaillance“, Xème conférence de l'association internationale de management stratégique, 2001.

18 *Ibid.*

19 Le Dictionnaire Napoléon, sous la direction de Jean Tulard, Fayard, 1987.

20 *Ibid.*

portant adaptation de la réglementation concernant les faillites et nouvelle définition des actes de commerce et créant l'infraction d'abus de biens sociaux et, plus récemment, par (iv) la loi du 8 janvier 2013 concernant le surendettement.

Malgré ces réformes successives, 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-dessus. Entre janvier 2008 et juin 2013, pour l'arrondissement judiciaire de Luxembourg, seules trois entreprises ont eu recours au concordat, cinq entreprises ont obtenu un sursis de paiement et quatorze entreprises ont bénéficié de la gestion contrôlée²¹.

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.

Le législateur luxembourgeois a tenté de mettre en oeuvre plusieurs réformes. Le Gouvernement avait ainsi notamment déposé un projet de loi visant à prévenir les faillites et à lutter contre les faillites organisées en 2003 et préparé un avant-projet de loi sur la gestion contrôlée qui avait pour but de combattre la multiplication des faillites, mais ces initiatives n'ont pas abouti à ce jour.

La majorité des critiques faites au droit de la faillite napoléonien sont donc toujours d'actualité: la faillite est une procédure chère, dont la lourdeur n'a d'égale que la lenteur et qui ne différencie pas suffisamment les entreprises selon leur taille.

La Chambre de Commerce salue par conséquent l'initiative des auteurs du projet de loi de vouloir procéder à une refonte complète des procédures dépassées et d'instaurer de nouvelles mesures de prévention et de réorganisation qui seront destinées au plus grand nombre.

Le fait de vouloir privilégier les mesures de prévention, de redressement ou de réorganisation sur les procédures de liquidation est, de l'avis de la Chambre de Commerce, un grand pas en avant. En effet, les avoirs d'une entreprise ont plus de valeur s'ils sont retenus au sein de l'entreprise que s'ils sont vendus pour payer des créanciers.

La faillite est généralement la pire solution pour toutes les personnes concernées, y compris pour les créanciers, associés ou actionnaires qui ne recevront qu'une fraction de ce qu'ils ont investi et qui perdront toute chance de profiter des éventuels bénéfices futurs de l'entreprise.

La prévention et la réorganisation, au contraire, permettent aux salariés de conserver leur emploi, offrent aux associés ou actionnaires un retour sur investissement plus important et à l'entreprise la possibilité de continuer à contribuer à l'économie en général.

La modernisation du droit de la faillite luxembourgeois est donc devenue une nécessité absolue.

1.3. Le contexte légal: réaction des pays voisins: la Belgique et la France

L'augmentation du nombre de faillites ces dernières années n'est bien entendu pas l'apanage du seul Luxembourg. On constate des augmentations similaires notamment en Belgique et en France.

Ces pays ont réagi à cette augmentation par différentes lois.

1.3.1. La Belgique

a) La loi sur la continuité des entreprises

En 2009, le législateur belge, estimant que le cadre judiciaire de l'époque n'était pas suffisamment flexible pour aider les entreprises en difficulté et assurer leur continuité, a adopté la loi sur la continuité des entreprises (ci-après „LCE“)²².

Cette loi prévoit toute une palette d'instruments divers pour permettre à une entreprise de redresser la barre. L'entrepreneur en difficulté a désormais à sa disposition des outils qui vont de systèmes très

²¹ Statistiques du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

²² Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.* 9 février 2009.

libres, comme le médiateur d'entreprises, à des systèmes plus contraignants, comme la mise sous administration provisoire.

La LCE a rencontré un assez grand succès comparé à l'institution du concordat qui existait auparavant en Belgique: entre son entrée en vigueur, en avril 2009, et mars 2012, près de 3.500 jugements ouvrant la procédure de réorganisation judiciaire ont été prononcés.

Les sociétés qui ont fait appel à la loi belge sont majoritairement des S.P.R.L. (s.à r.l. de droit belge) et des sociétés unipersonnelles, mais également des S.A. Vingt-cinq pour cent des entreprises qui ont déposé une requête en réorganisation judiciaire n'avaient pas de salariés, cinquante-quatre pour cent avaient moins de dix salariés, et dix-huit pour cent avaient entre dix et cinquante salariés.

Néanmoins, deux ombres viennent notamment assombrir le tableau belge. Premièrement, en 2011, seuls douze pour cent des entrepreneurs déclaraient connaître la LCE et les procédures qu'elle propose. Deuxièmement, depuis l'entrée en vigueur de cette loi, on a constaté que soixante-dix pour cent des entreprises qui font appel aux processus mis en place par la loi de 2009 faisaient malgré tout faillite. C'est pourquoi le législateur belge est actuellement occupé à revoir la loi afin d'améliorer son efficacité et son effectivité²³.

Ces projet et propositions de loi visent notamment à améliorer la prévention en associant les professions comptables à la détection des difficultés rencontrées par certaines entreprises. Ils tendent également à éviter les abus dans l'utilisation des procédures de réorganisation par des entreprises voulant, soit se mettre à l'abri temporairement de certains créanciers, soit obtenir un avantage concurrentiel face à d'autres entreprises concurrentes. L'objectif est aussi de rendre la procédure plus transparente, plus accessible pour les créanciers, d'améliorer l'information par une informatisation des procédures et une communication des documents par voie électronique. L'égalité entre créanciers n'est pas non plus oubliée dans la réforme, qui rétablit l'équilibre entre créanciers publics et privés.

Etant donné que les auteurs du projet de loi sous avis se sont grandement inspirés de la LCE dans la rédaction du présent projet, la Chambre de Commerce considère qu'il serait intéressant de suivre de près la réforme belge afin de regarder les erreurs qui ont été commises et de s'inspirer des modifications apportées pour éviter les mêmes écueils qu'a connus la Belgique et améliorer l'efficacité des mesures projetées.

b) L'accès à la profession

Pour obtenir un accès à la profession, le candidat entrepreneur belge devra en vertu de la loi-programme du 10 février 1998 pour la promotion de l'entreprise indépendante (l'équivalent de la loi luxembourgeoise du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales²⁴) en premier lieu démontrer sa maîtrise de connaissances de gestion de base: connaissances en droit, comptabilité, aspects financiers et fiscaux, et gestion commerciale. Il devra ensuite démontrer ses compétences professionnelles, qui se prouvent soit par titres (ou diplômes), soit par une pratique professionnelle régulière de l'activité pendant 3 à 5 ans au cours des 15 années qui précèdent la demande d'inscription. A défaut de titre ou d'expérience professionnelle suffisante, le candidat peut présenter un examen devant un Jury central pour obtenir son ou ses accès à la profession.

c) L'exigence d'un plan financier

Pour les entreprises exerçant leur activité sous forme d'une société anonyme, d'une société privée à responsabilité limitée, ou d'une coopérative à responsabilité limitée, le code belge des sociétés requiert en outre la rédaction d'un plan financier justifiant le montant du capital social, qui sera remis au notaire avant l'acte, et que ce dernier s'engage à conserver²⁵.

23 V. not. proposition de loi 2645/001 du 19 février 2013 modifiant la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises en vue de réduire le nombre de faillites et de purger les usages impropres de la loi; projet de loi 2692/001 du 12 mars 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité d'entreprises; proposition de loi 5-2085/1 du 14 mai 2013 modifiant la loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi et la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises en vue de favoriser le transfert d'activité dans certains cas de fermeture annoncée.

24 Voir *infra*, point 2.2.2.

25 Code belge des sociétés, art. 215, 391, 440 et 657.

En effet, la loi dispose qu'au moment de sa constitution, la société doit disposer d'un capital suffisant pour lui permettre d'exercer normalement ses activités pendant une période de deux années. Si la société venait à être déclarée en faillite dans une période de trois ans après sa constitution, le tribunal de commerce pourrait demander la production du plan financier. Après examen du plan financier, si le tribunal considère que la société a été constituée avec un capital manifestement insuffisant, les fondateurs de la société ayant signé le plan financier pourraient être déclarés responsables de la faillite.

Il s'agit également d'une méthode de prévention des faillites, car elle oblige les fondateurs à rédiger un bilan prévisionnel des rentrées et des dépenses de la société en fonction du capital mis à sa disposition et à se poser les bonnes questions concernant sa future activité.

A cet égard, le législateur belge est allé plus loin que son homologue luxembourgeois du point de vue de la prévention, mais également de la protection des créanciers.

1.3.2. *La France*

Quelques années avant la Belgique, la France avait elle aussi décidé de revisiter le droit des entreprises en difficulté, notamment par une loi du 26 juillet 2005²⁶.

Cette loi prévoit notamment la mise en place de deux procédures amiables reposant sur une négociation avec les créanciers de l'entreprise (la conciliation et le mandat *ad hoc*). Elle prévoit également trois types de procédures collectives, impliquant le recours à une voie judiciaire.

Lorsque le débiteur ne se trouve pas en état de cessation des paiements, mais que ses difficultés risquent de l'y conduire, il peut avoir recours, sur une base volontaire, à une procédure de sauvegarde qui vise principalement à permettre le maintien de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.

Si l'état économique et financier de l'entreprise est plus préoccupant et que le débiteur se trouve d'ores et déjà en état de cessation des paiements, une procédure de redressement judiciaire est alors envisagée. L'ouverture de cette procédure peut être demandée tant par le débiteur que par ses créanciers ou par le ministère public.

Enfin, lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements et que son redressement est impossible, une liquidation judiciaire peut être ouverte à son encontre. Cette procédure a pour effet de dissoudre la société et de liquider ses biens afin de payer les créanciers.

Le législateur français est également allé plus loin que ses homologues belges et luxembourgeois dans le domaine de la prévention des faillites en mettant en place des groupements de prévention agréés qui ont pour mission d'aider les entreprises en analysant les informations économiques, comptables et financières qu'elles leur transfèrent et qui, lorsqu'elles relèvent des indices de difficultés, informent le chef d'entreprise et lui proposent l'intervention d'un expert. Ceci constitue aux yeux de la Chambre de Commerce une initiative utile dont il conviendrait de s'inspirer.

2. Le projet de loi en tant qu'aboutissement de la modernisation du droit de la faillite luxembourgeois

2.1. *Le champ d'application*

Le champ d'application du projet de loi vise les commerçants (tels qu'ils sont définis à l'article 1er du Code de commerce), ainsi que les artisans et les sociétés civiles.

La Chambre de Commerce comprend que les auteurs du projet de loi ont souhaité ici se calquer sur ce qui a été prévu par le législateur belge. Néanmoins, elle considère qu'il pourrait être intéressant de se pencher sur la question d'un éventuel élargissement de ce champ d'application.

En effet, les auteurs du rapport d'évaluation de la LCE²⁷, publié en mars 2012, considèrent qu'il faudrait élargir le champ d'application de la loi pour englober notamment les professions libérales et

²⁶ Loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, J.O. du 27 juillet 2005.

²⁷ Rapport d'évaluation de la loi sur la continuité des entreprises, mars 2012, consultable sur le site internet: <http://www.iuridat.be/tribunal.commerce/verviens/images/EVALUATION.pdf>

les ASBL. En effet, celles-ci peuvent exercer une activité économique et devraient donc pouvoir bénéficier, si nécessaire, des mécanismes de réorganisation prévus par la loi.

Afin d'éviter de reproduire les erreurs éventuelles du législateur belge et de devoir les corriger *a posteriori*, la Chambre de Commerce recommande d'analyser cette question dès à présent.

2.2. Le volet préventif

La Chambre de Commerce considère qu'il est essentiel de distinguer la *prévision*, qui se focalise sur les symptômes des faillites, et la *prévention* qui se concentre sur les causes des faillites et les remèdes pour les éviter.

A cet égard, la Chambre de Commerce estime qu'il serait judicieux 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 qui prône également la sauvegarde des entreprises est, de l'avis de la Chambre de Commerce, trop axé sur la prévision des faillites et donc la détection des entreprises qui doivent être déclarées en faillite. Le projet de loi 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.

La prévention de la faillite telle que comprise par la Chambre de Commerce a plusieurs finalités dont celles de (i) maintenir un tissu économique sain et adapté aux besoins de la libre concurrence en réduisant au strict nécessaire le nombre des entreprises détruites et de (ii) sauvegarder les intérêts des créanciers des entreprises, mais aussi d'assurer les intérêts patrimoniaux des entrepreneurs qui se voient trop souvent, en cas de faillite, devant les débris de leur existence.

Ces deux finalités seront analysées au travers des suggestions ci-dessous.

2.2.1. La sensibilisation et la formation

La Chambre de Commerce insiste tout d'abord sur le fait qu'il est impératif de continuer à promouvoir les organismes de sensibilisation et de supporter les personnes dès le début de leur projet. Il s'agit d'une première étape importante dans la prévention des faillites, car une entreprise soutenue et bien conseillée aura plus de chance de survivre aux difficultés éventuelles qu'elle rencontrera.

A titre d'exemple, alors qu'en 2009, quarante et un pour cent des entreprises en faillite étaient en phase de démarrage (moins de 3 ans d'existence), seules vingt-deux pour cent des faillites de l'année 2012 concernaient de telles entreprises. Selon Creditreform, cette amélioration pourrait être due aux initiatives mises en place par l'Etat luxembourgeois et les chambres patronales dans le but d'aider les nouveaux créateurs dans leurs démarches. Cela démontre à nouveau que les initiatives de réelle prévention ont aussi un avenir et qu'il serait donc judicieux de continuer à les encourager.

A ce titre, la Chambre de Commerce est d'avis que les initiatives de formation, de coaching et de mentoring devraient être davantage encouragées.

La Chambre de Commerce tient également à insister sur la nécessité d'une formation en gestion d'entreprise. La Chambre de Commerce considère toujours les connaissances en matière de gestion d'entreprise comme un élément qui fait le succès de l'entrepreneur; il n'est certes pas le seul élément à prendre en compte, mais revêt tout de même une importance singulière dans le cadre de la prévention des faillites.

La Chambre de Commerce et son organisme de formation, la Luxembourg School for Commerce (LSC), jouent pleinement leur rôle à cet égard: dans le cadre de son programme de formation „LSC Entrepreneurship“, la Chambre de Commerce et la LSC proposent plusieurs formations en matière de gestion d'entreprise.

Premièrement, une formation d'initiation à la gestion d'entreprise, d'une durée de 40 heures. Cette formation de sensibilisation destinée aux futurs entrepreneurs, couvre les différentes matières qui font la richesse de la gestion d'entreprise.

Ensuite, pour tout dirigeant impliqué dans une faillite ou une liquidation judiciaire et pour toute personne souhaitant approfondir ses connaissances en gestion d'entreprise, la Chambre de Commerce et la LSC ont mis en place une formation de perfectionnement à la gestion d'entreprise. Cette formation d'une durée de 107,5 heures représente la suite logique de la formation d'initiation et s'articule autour

de l'établissement d'un *business plan*. Un module complémentaire de 18 heures, sur la prévention des faillites, complète cette formation. Son objectif est d'approfondir les connaissances des participants concernant les obligations et responsabilités des gérants d'entreprises, les spécificités des entreprises en difficulté, la prévention des faillites et la gestion de crises. Ce module est basé sur le vécu des participants et étudie des cas pratiques.

Dans cette même optique, la Chambre de Commerce souligne aussi l'importance de sensibiliser les entreprises à l'impératif d'innover. Devant la montée en puissance de la globalisation, l'innovation représente un enjeu majeur pour garder la compétitivité des entreprises et, en temps de crise, pour prévenir la faillite en anticipant sur les tendances technologiques, économiques, sociétales et environnementales, qui modèleront leur environnement.

La Chambre de Commerce soutient les initiatives de formation à l'innovation, qui apportent aux entreprises le bagage nécessaire pour améliorer leur capacité à innover, en trouvant de nouveaux débouchés à leurs produits et services, ou en changeant de modèles d'affaires.

2.2.2. *Le droit d'établissement*

La Chambre de Commerce renvoie pour autant que de besoin aux arguments développés dans le cadre de son avis rendu sur le projet de loi ayant mené à la réforme du droit d'établissement en 2011.

Par ailleurs, et tout en ayant toujours défendu une position de libéralisation du marché, la Chambre de Commerce continue à mettre l'accent sur la nécessité de formation en ce qui concerne les entrepreneurs-dirigeants. Elle est par ailleurs d'avis que l'instauration de chartes de qualité pourrait utilement contribuer au développement d'un entrepreneuriat plus responsable. En effet, l'instauration d'un „*label qualité*“ établi sur une base volontaire (autorégulation) contribuerait à ses yeux à pouvoir plus facilement mettre en place un cadre contraignant que les adhérents n'auraient pas de réticences à respecter et qui serait en plus un moyen pour eux de se démarquer positivement.

2.2.3. *La S.à r.l. simplifiée*

Depuis plusieurs années, la Chambre de Commerce est d'avis que le Luxembourg devrait se doter d'une S.à r.l. modernisée et simplifiée s'inspirant des initiatives des pays voisins parmi lesquels la Belgique avec la *SPRL-Starter*, l'Allemagne avec la *Mini-GmbH* et le Royaume-Uni avec la *Limited*. La Chambre de Commerce se permet de renvoyer à ce titre à sa publication du même titre parue en tant que n° 8 dans sa série „Actualité&Tendances“ pour plus de détails à ce sujet.

De l'avis de la Chambre de Commerce, la mise en place d'une telle S.à r.l. simplifiée „à la luxembourgeoise“ permettrait en effet à un plus grand nombre d'entrepreneurs de créer une société plus facilement, et ainsi d'éviter l'insécurité inhérente à la pratique d'une activité en nom propre.

La création de cette S.à r.l. simplifiée n'aurait certes pas de conséquences directes sur le nombre de faillites, mais elle permettrait à l'entrepreneur de limiter sa responsabilité et de ne pas devoir subir les conséquences d'une faillite sur l'intégralité de son patrimoine. Elle permettrait également de sauvegarder les intérêts des créanciers, et c'est à ce titre qu'elle se doit d'être mise en avant dans ce volet prévention.

2.2.4. *Le patrimoine d'affectation*

Une autre possibilité pour limiter la responsabilité de l'entrepreneur failli serait d'emboîter le pas à la France et de mettre en place une sorte d'entreprise individuelle à responsabilité limitée qui permettrait à l'entrepreneur, grâce à un patrimoine d'affectation, de distinguer son patrimoine personnel du patrimoine constitué pour son activité professionnelle.

Il s'agirait dans ce cas non pas de proposer une forme simplifiée de société aux entrepreneurs, mais d'octroyer une sorte de responsabilité limitée aux entreprises individuelles.

Dans ce cas, il suffirait à l'entrepreneur de faire une déclaration d'affectation au registre du commerce et des sociétés et d'y déposer la liste des biens inventoriés et évalués qu'il a décidé d'affecter à son activité professionnelle, tout en distinguant ce patrimoine de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale.

En France, l'entrepreneur doit également insérer, en annexe de la déclaration constitutive du patrimoine affecté, un rapport d'évaluation établi par un commissaire aux apports (commissaire aux

comptes, association comptable agréée, expert-comptable et notaire pour l'immobilier) pour tout élément d'actif d'une valeur déclarée supérieure à un seuil à fixer par voie réglementaire. A noter qu'une fausse déclaration de valeur fait perdre l'avantage du patrimoine affecté à hauteur de la fausse déclaration pendant 5 ans. Il en est de même en l'absence de rapport d'évaluation, si celui-ci est obligatoire.

Normalement, cette déclaration ne concerne que les créances postérieures à celle-ci, mais l'entrepreneur peut la rendre opposable aux créanciers dont les droits sont nés antérieurement à son dépôt, à la condition qu'il le mentionne dans la déclaration d'affectation et en informe les créanciers. Dans ce cas, les créanciers concernés peuvent former opposition.

2.2.5. La mise en place d'un centre de prévention et de réorganisation

Enfin, la Chambre de Commerce considère qu'une importante lacune du projet de loi sous avis est qu'il ne met en place aucune structure de grande ampleur destinée à la prévention des faillites.

De telles structures existent pourtant déjà dans les pays voisins.

En Belgique, les chambres de commerce et d'industrie du Luxembourg belge et de Bruxelles (CCILB et Beci-Brussels Enterprises Commerce and Industry) ont chacune mis en place un Centre pour Entreprises en difficulté (respectivement le CED-W et le CED-COM) qui permet à tout indépendant ou entreprise en difficulté d'obtenir de l'aide.

En France il existe également des cellules de soutien et de conseil comparables, qui ont été officialisées dans des textes de loi. D'une part, il existe des „centres de gestion agréés“ (créés par la loi d'orientation du commerce et de l'artisanat du 27 décembre 1973 et par la loi de finances du 24 décembre 1974) qui exercent, depuis 2006, une mission de prévention des difficultés économiques des très petites entreprises qui en sont adhérentes. D'autre part, le législateur français a également mis en place en 2005 des groupements de prévention agréés évoqués plus haut²⁸.

La Chambre de Commerce considère qu'il serait utile de s'inspirer de ces structures pour mettre en place, au Luxembourg, un centre de prévention et d'aide à la réorganisation dont le cadre serait prévu par la loi et qui serait rattaché à la Chambre de Commerce pour ses ressortissants.

En effet, les chambres patronales disposent en leur sein de collaborateurs qualifiés, à l'écoute des entreprises et qui sont déjà régulièrement appelés à les aider lorsqu'elles se trouvent en difficulté. De plus, ce type de plateforme de soutien et de conseil aux entreprises en difficulté pourrait être assez facilement mis en oeuvre en se reposant sur l'expérience acquise lors de la mise en place de certaines initiatives ponctuelles créées précédemment par l'intermédiaire des chambres professionnelles et en coopération avec le Gouvernement.

La mission du centre de prévention serait d'aider les chefs d'entreprise à faire le point sur leur situation professionnelle et à trouver de nouvelles pistes de solution quant aux problèmes qu'ils rencontrent. Il s'agirait d'un service gratuit et confidentiel qui serait ouvert tant aux indépendants (personnes physiques) qu'aux sociétés (personnes morales), quelle que soit la taille de leur structure et avant même l'apparition de difficultés, plutôt dans un but préventif que curatif.

L'aide proposée par le centre de prévention passerait par l'organisation de formations, mais aussi et surtout par le biais de conseils personnalisés, dispensés par des experts. Le centre de prévention aurait également pour mission, comme c'est le cas pour les groupements de prévention agréés français, d'analyser les informations économiques, comptables et financières que l'entreprise lui transfère, d'informer le chef d'entreprise lorsqu'il relève des indices de difficultés et de lui proposer l'intervention d'un expert agréé si nécessaire.

De l'avis de la Chambre de Commerce, l'affiliation au centre de prévention devrait être proposée à l'entrepreneur dès la mise en place de son projet, avant même l'apparition de difficultés, afin d'éviter une prise de conscience trop tardive des problèmes. Cette prise en charge précoce permettrait également de ne pas catégoriser les entrepreneurs ayant recours au centre comme des „entrepreneurs à problèmes“ et encouragerait davantage les entrepreneurs à y participer.

²⁸ Voir supra, point 1.3.2.

La Chambre de Commerce estime également qu'il serait utile de prévoir l'octroi de certains avantages pour l'entreprise qui déciderait de s'affilier au centre de prévention et de réorganisation luxembourgeois.

A cet égard, les auteurs du projet de loi sous avis pourraient notamment se calquer sur la loi française qui propose un avantage fiscal permettant aux entreprises qui adhèrent à un groupement de prévention agréé de bénéficier au titre de l'impôt sur les sociétés ou, pour ce qui concerne les entreprises individuelles, au titre de l'impôt sur le revenu, d'un crédit d'impôt égal à vingt-cinq pour cent des dépenses consenties dans les deux premières années d'adhésion dans la limite de 1.500 euros par an²⁹.

D'autres avantages pourraient également être offerts aux entrepreneurs affiliés, tels que, par exemple, des conditions d'accès plus avantageuses au sursis ou aux procédures de réorganisation prévues par le projet de loi sous avis ou encore un accès plus facile à la seconde chance et à la possibilité de créer une nouvelle entreprise.

La mise en place de ce centre de prévention serait, de l'avis de la Chambre de Commerce, une initiative plus aboutie qui permettrait une action directe, rapide et de proximité sur la plupart des points abordés dans le projet sous avis (clignotants, conciliation, réorganisation ...). De plus, un tel centre permettrait d'englober une grande partie du volet prévention de la faillite, faisant actuellement défaut dans le projet de loi.

2.3. Le volet prévisionnel

A côté de l'aspect préventif décrit précédemment, se déploie aussi un volet prévisionnel dont l'objectif est moins de prévenir la faillite que de la détecter à temps.

La Chambre de Commerce considère que la différence entre ces deux volets est de taille et regrette que les auteurs du projet de loi sous avis ne l'aient pas plus mise en avant.

Le volet prévisionnel comprend essentiellement la mise en place d'un système de „clignotants d'alarme“ permettant de détecter les entreprises en difficulté dans les meilleurs délais, ainsi que la possibilité, pour le secrétariat du Comité de conjoncture, d'inviter l'entrepreneur en difficulté à se mettre en rapport avec lui pour discuter de cette situation et des démarches qu'il peut entreprendre.

2.3.1. Les clignotants

Comme les auteurs du projet de loi, la Chambre de Commerce estime que l'identification des entreprises en difficulté à un stade précoce permettrait, d'une part, de proposer des solutions adaptées pour le redressement éventuel des entreprises concernées et, d'autre part, d'initier le plus rapidement possible une procédure de faillite ou de liquidation pour les entreprises dont les perspectives de redressement sont quasi inexistantes.

Il est donc indispensable de mettre en place un système de clignotants permettant d'attirer l'attention sur les entreprises en difficulté – et ce, également en leur faveur –, de les suivre et de les inciter à mettre en oeuvre les instruments légaux qui sont mis à leur disposition pour éviter la faillite.

Néanmoins, plusieurs inconvénients sont inhérents au système de collecte d'informations tel qu'il est actuellement mis en place par le projet de loi.

(i) Destinataire de l'information: l'entrepreneur?

Premièrement, il semble utile de rappeler que les clignotants ne doivent pas seulement être au service des administrations (notamment le secrétariat du Comité de conjoncture ou la Cellule d'évaluation des entreprises en difficulté) ou des créanciers en général, mais aussi, voire surtout, être des clignotants pour l'entrepreneur. Ce dernier doit, d'une façon générale, à tout le moins être informé et avoir accès aux informations collectées qui le concernent. Par ailleurs, dans un souci de sécurité juridique, et bien que ceci occasionne un certain formalisme, les échanges qui ont lieu entre l'entrepreneur et la cellule mise en place devraient être consignés par écrit, afin de pouvoir, le cas échéant, être rectifiés et éviter toute mauvaise interprétation.

²⁹ V. article 244quater D du Code Général des Impôts français

Plus tôt un entrepreneur prend conscience de ses difficultés, mieux il pourra réagir pour tenter de redresser la barre. Si les clignotants jouent un premier rôle au niveau de l'entrepreneur, cela permettra une action d'autant plus efficace qu'elle se situera en amont et permettra donc à l'entrepreneur de s'adresser en temps utile aux administrations et de faire appel aux processus mis en place par le projet de loi.

Il serait donc intéressant de mettre également en place un système de clignotants au service de l'entrepreneur qui pourrait mobiliser ce dernier lorsqu'une défaillance propre à compromettre la continuité de son entreprise se fait sentir et qui lui signalerait les actions requises en fonction des problèmes rencontrés.

Ce type de système a notamment été mis en place en France, par le biais de groupements de prévention agréés tels que décrits ci-avant.

Au niveau européen, un type d'initiative similaire a également été développé et mis en place en ligne, d'ailleurs avec le soutien des services de la Chambre de Commerce³⁰.

La Chambre de Commerce estime qu'il serait utile de s'appuyer sur ces systèmes et de s'en inspirer pour créer éventuellement un système semblable au Luxembourg.

A cet égard, elle pourrait contribuer activement à l'élaboration et à la concrétisation des clignotants destinés à l'entrepreneur en difficulté.

(ii) Destinataire de l'information: quelles administrations?

La Chambre de Commerce note que le législateur n'envisage toujours pas d'introduire, à l'instar de ce qui existe en Belgique, des chambres d'enquêtes commerciales au sein des tribunaux, ce qui est regrettable, car les magistrats luxembourgeois n'ont, par conséquent, toujours aucun outil pour apprécier la situation économique sous-jacente aux difficultés de l'entreprise.

Il a été jugé préférable de se concentrer sur deux instances qui aujourd'hui déjà ont la possibilité d'obtenir un bon nombre d'informations. Il s'agit d'une part du secrétariat du Comité de conjoncture, et d'autre part du Comité inter-administratif informel comprenant l'Administration des contributions directes, l'Administration de l'Enregistrement et des domaines et le Centre commun de la sécurité sociale.

Le secrétariat du Comité de conjoncture sera institué comme instance qui regroupe les informations sur les entreprises en difficulté. Il établira ainsi un dossier, qui le cas échéant, pourra en cas de procédure judiciaire, devenir disponible pour le tribunal.

Le projet de loi prévoit d'institutionnaliser sous le nom de „Cellule d'Evaluation des Entreprises en Difficultés“ (ci-après „CEvED“) le comité inter-administratif actuel, tout en lui adjoignant un représentant du ministère de l'Economie.

La Chambre de Commerce se pose la question de 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 à plusieurs reprises, 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 du 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.

Elle regrette en outre que la CEvED ne comprenne notamment aucune personne chevronnée, issue du monde des affaires, et de préférence des PME, pourtant majoritairement concernées.

(iii) D'autres clignotants: l'article 100?

La Chambre de Commerce suggère également de faire de l'article 100 de la loi de 1915 relative aux sociétés commerciales un clignotant en faveur de l'entrepreneur, tout en l'étendant et l'adaptant aux sociétés à responsabilité limitée. L'article 100 dispose que „Sauf dispositions plus rigoureuses des

³⁰ http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/sme2chance/ewt/self_assessment.cfm.

statuts, en cas de perte de la moitié du capital social, les administrateurs convoquent, de façon qu'elle soit tenue dans un délai n'excédant pas deux mois à dater du moment où la perte a été constatée par eux ou aurait dû l'être, l'assemblée générale qui délibérera dans les conditions de l'article 67-1 sur la dissolution éventuelle de la société. Les mêmes règles sont observées lorsque la perte atteint les trois quarts du capital social, mais en ce cas la dissolution aura lieu si elle est approuvée par le quart des voix émises à l'assemblée.

En cas d'infraction aux dispositions qui précèdent, les administrateurs peuvent être déclarés personnellement et solidairement responsables envers la société de tout ou partie de l'accroissement de la perte."

(iv) Prévision vs. prévention

Enfin, même si les clignotants listés par les auteurs du projet de loi sont utiles, ils demeurent des indicateurs classiques (centrale des bilans, liste des protêts, jugements contre des commerçants, licenciements économiques, créances publiques), qui se manifestent généralement trop tard dans la chute de l'entreprise en difficulté. Il s'agit là uniquement d'éléments de prévision qui ne remplaceront jamais une prévention efficace mise en place en amont.

(v) Observations finales

Même si la Chambre de Commerce se réjouit de voir que les auteurs du projet de loi ont décidé de prévoir la transmission de la liste des protêts aux chambres patronales, elle se demande si cette liste ne devrait pas être plus facilement consultable, comme c'est le cas en Belgique, notamment auprès du tribunal de commerce de Tongres, qui y consacre spécialement une partie de son site web. Il est en effet primordial pour tous les créanciers de pouvoir disposer d'une telle information³¹.

La Chambre de Commerce est par ailleurs d'avis que l'argumentaire développé dans le projet de loi quant aux raisons qui auraient amené le Gouvernement à renoncer à une levée du caractère occulte de l'hypothèque légale³² est peu convaincant.

Une bonne partie des arguments avancés se fonde en effet sur des considérations d'ordre pratique touchant au surcroît de travail qu'entraînerait la levée du caractère occulte de l'hypothèque légale ou les implications que celle-ci pourrait avoir sur la responsabilité légale de certains agents de l'Etat.

On peut par ailleurs s'interroger sur la logique de l'argument selon lequel la publication des impôts impayés risquerait „de dissuader plus rapidement les créanciers d'entreprises d'entrer en relation d'affaires avec un commerçant, de façon à accélérer sa chute plutôt que de l'amortir“.

A noter sur ce dernier argument, qu'en pratique, au niveau des banques, celles-ci demandent, dans le cadre d'une entrée en relation, des certificats attestant que l'entrepreneur concerné est bien à jour de ses échéances en matière d'impôts et de cotisations sociales. Elles parviennent, partant, tant bien que mal – le plus souvent implicitement en cas de non-délivrance dudit certificat par l'entrepreneur concerné – à être informées de l'existence d'éventuels impayés.

Ainsi, l'adoption, en droit luxembourgeois, d'un régime de publication comparable au régime français ne ferait, au final, que consacrer, par un canal plus fiable et plus effectif, une pratique déjà communément admise sur la Place.

Il existe en France une obligation pour le Trésor et les organismes de sécurité sociale de publier dans un registre tenu au greffe de la juridiction compétente les dettes fiscales et les cotisations de sécurité sociale restant dues à titre privilégié. Faute de respecter cette obligation, les organismes concernés ne peuvent plus se prévaloir du privilège en question en cas d'ouverture d'une procédure collective. Cela constituerait en outre une réelle avancée – non seulement pour les organismes financiers, mais également pour les créanciers en général, en ce compris les fournisseurs – dans la mesure où un tel régime permettrait, au-delà de l'entrée en relation, un meilleur suivi des relations d'affaires pertinentes, condition essentielle à une identification suffisamment précoce des difficultés des entreprises concernées par les créanciers privés.

En contrepartie du maintien de ce privilège du Trésor, on aurait pu légitimement s'attendre à ce que les créanciers privés puissent bénéficier, en tout ou en partie, de l'information collectée aux vœux du

31 FEB – Réseau CAP – CAP Netwerk Vlaanderen, *Rapport d'évaluation de la loi sur la continuité des entreprises*, mars 2012, consultable sur le site internet: http://www.juridat.be/tribunal_commerce/verviert/verviert/EVALUATION.pdf.

32 Projet de loi, pages 22 et 23.

projet de loi par le secrétariat du Comité de conjoncture et la Cellule d'évaluation des entreprises en difficulté, ce qui n'est malheureusement pas le cas.

La Chambre de Commerce relève par ailleurs que, selon l'exposé des motifs, „*On pourrait, certes, objecter à cela que le fait de mettre ainsi l'entrepreneur plus rapidement devant ses responsabilités est déjà en soi un progrès, puisqu'il remédie au reproche, formulé traditionnellement à l'égard des créanciers privilégiés en général et à l'égard des administrations de l'impôt direct et indirect en particulier, de laisser s'accumuler des dettes (en l'occurrence fiscales) et de continuer à bénéficier du privilège légal général. Cette justification n'est pas non plus pertinente, puisqu'à supposer que tel était le but de la mesure en question, il serait autrement plus facile de l'atteindre en cherchant à appliquer rigoureusement la loi dans ses termes existants, par exemple en demandant aux entreprises de respecter scrupuleusement les délais de dépôt de leurs déclarations fiscales.*“ La Chambre de Commerce prend acte de cet état des choses et exhorte le Gouvernement à surveiller l'application plus stricte de la loi, alors que le non-paiement des impôts et des cotisations sociales par certains entrepreneurs, parfois pendant des périodes très longues, voire de manière définitive, constitue un acte de concurrence déloyale évident par rapport aux entrepreneurs qui, eux, se plient aux dispositions légales dans les délais impartis, et nuit *in fine* à l'ensemble de la collectivité.

La Chambre de Commerce rappelle en outre encore sa position en faveur de l'abolition des privilèges du Trésor et des organismes sociaux à l'instar de ce qui existe en droit allemand et en droit anglais, et de considérer l'Etat comme un simple créancier chirographaire. La Chambre de Commerce s'est déjà prononcée à plusieurs reprises en faveur d'une égalité de traitement des créanciers, qu'ils soient privés ou publics.

Finalement, la Chambre de Commerce réitère une mesure de lutte contre les faillites qu'elle avait déjà proposée à l'occasion de ses avis sur le projet de loi n° 5157 et qui consisterait à permettre au contribuable, dans le cadre des relations qu'il entretient avec les administrations sociales et fiscales, d'invoquer la compensation des créances et des dettes qu'il tient envers l'une ou l'autre des administrations (principe du „*netting fiscal*“).

2.3.2. *L'invitation par le secrétariat du Comité de conjoncture*

Sur base des informations reçues des instances en contact fréquent avec les entreprises, il est prévu que le secrétariat du Comité de conjoncture puisse prendre contact avec l'entrepreneur en difficulté pour évaluer avec lui les mesures qui s'offrent à lui pour remédier à sa situation.

La Chambre de Commerce souhaite rappeler ici que ce type de procédure existe déjà à l'heure actuelle et qu'il prévoit la possibilité pour le président du tribunal d'arrondissement d'inviter le commerçant en difficulté à discuter de ses problèmes financiers.

2.4. *Le volet réorganisationnel*

Les auteurs du projet de loi souhaitent mettre en place plusieurs procédures de réorganisation volontaire qui soient adaptées aux tailles diverses des entreprises. Ces procédures sont de deux types: des procédures non judiciaires et des procédures judiciaires.

Ces procédures ont été détaillées par les auteurs du projet de loi au sein du volet préventif de la faillite.

A nouveau, la Chambre de Commerce estime que la prévention joue un rôle bien en amont de ce type de procédures. La réorganisation est donc un volet qui devrait être traité de manière distincte.

La Chambre de Commerce souhaite toutefois saluer expressément le caractère volontaire des procédures prévues par le projet de loi. Ce caractère volontaire est en effet un impératif pour que l'entrepreneur ne perde pas sa liberté de choix dans la procédure de réorganisation.

2.4.1. *Les procédures non judiciaires*

a) Les conciliateurs d'entreprises

La mesure la plus légère prévue dans le projet de loi est celle de la conciliation. Dans le cadre de cette procédure, l'entreprise en difficulté s'adresse au secrétariat du Comité de conjoncture en vue de se voir adjoindre un conciliateur d'entreprise dont la mission est laissée largement ouverte dans la loi:

il peut s'agir d'une personne qui assiste l'entreprise pour négocier avec ses principaux créanciers ou qui l'aide à évaluer l'origine de ses difficultés et les remèdes qu'elle peut y apporter.

Tous les acteurs de terrain s'accordent pour dire qu'il y a, à l'heure actuelle, en matière de faillites un véritable besoin d'experts pour résoudre les problèmes des entreprises en difficulté ou les prévenir. Ces experts ne doivent pas nécessairement être des experts de haut niveau, mais des personnes connaissant le métier de ceux qu'ils conseillent.

La proposition de l'article 9 du projet de loi de désigner un conciliateur d'entreprise en vue de faciliter la réorganisation de l'entreprise semble aller, au moins partiellement, en ce sens. La Chambre de Commerce félicite les auteurs de cette initiative qui permettra aux entreprises en difficulté d'obtenir un plus grand soutien.

La Chambre de Commerce se doit néanmoins de mentionner son inquiétude quant au fait que les auteurs du projet de loi n'aillent pas plus loin dans l'élaboration des critères de sélection de ces conciliateurs.

A cet égard, la Chambre de Commerce considère en effet que la référence à la loi du 7 juillet 1971 portant, en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés et complétant les dispositions légales relatives à l'assermentation des experts, traducteurs et interprètes, n'est manifestement pas adaptée pour servir de cadre réglementaire aux conciliateurs d'entreprises.

En effet, la sélection des experts visés par la loi du 7 juillet 1971 n'est soumise à aucun critère établi de qualification ou compétence. Or, la Chambre de Commerce considère qu'il est essentiel que les conciliateurs envoyés auprès d'entreprises en difficulté répondent à certains critères de sélection et puissent prouver un certain niveau de qualification et de connaissances dans le domaine concerné. Une liste de conciliateurs pourrait ainsi être mise en place, garantissant que les personnes référencées remplissent de telles conditions, liste qui serait périodiquement révisée, notamment au regard de conditions de formation permanente.

Il serait également utile de donner plus de corps au concept de conciliateur car, outre le fait que le projet de loi ne prévoit pas les compétences du conciliateur, il ne prévoit pas non plus ni ses missions, ni son profil.

Il faudrait donc à tout le moins, aux fins de garantir une certaine qualité dans l'accompagnement, prévoir la possibilité de fixer ultérieurement ces critères de sélection dans un règlement grand-ducal.

Par ailleurs, les coûts liés à l'intervention d'un tel expert doivent être raisonnables, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'entreprises par définition en difficulté. A noter que le bilan des dispositions belges relatives à cette fonction est plutôt mitigé dans la mesure où il appert qu'il est souvent difficile de trouver une telle personne à des coûts raisonnables. La Chambre de Commerce note que le projet de loi est malheureusement tout à fait muet à ce sujet.

La Chambre de Commerce se demande également si les auteurs du projet de loi ont évalué l'intérêt réel de la procédure de conciliation telle que proposée actuellement pour les entreprises en difficulté, qui sont, rappelons-le, majoritairement des PME, voire des microentreprises.

Pour rappel, ce dispositif s'inspire fortement de la procédure de médiation mise en place par la LCE. Or, selon le rapport d'évaluation de cette loi, le recours à des médiateurs dans le cadre de la prévention de la faillite est plus que marginal et ce pour deux raisons: (i) la difficulté qu'ont les entreprises à trouver un expert à un prix raisonnable, (ii) le fait que, malgré l'entrée en vigueur de la loi il y a quatre ans, cette mesure est encore fortement méconnue au sein des entreprises³³.

La Chambre de Commerce considère que ces problèmes pourraient être en partie solutionnés si les conciliateurs étaient rattachés à un centre de prévention et de réorganisation tel que décrit ci-avant dans ses grandes lignes.

Ce centre pourrait – comme c'est déjà le cas pour d'autres initiatives mises en place par les chambres patronales – d'une part, négocier le plafonnement des honoraires des experts à des montants très raisonnables et, d'autre part, négocier le financement de ce type de prestations par les banques à des conditions intéressantes.

³³ Rapport d'évaluation de la loi sur la continuité des entreprises précité.

Le centre pourrait également agréer les personnes qui souhaitent devenir conciliateurs et procéder à la vérification de leurs compétences, ainsi que sensibiliser ses ressortissants sur l'existence de cet outil, notamment par des séances d'informations.

b) L'accord amiable

L'accord amiable tel que prévu par le projet de loi est une procédure non judiciaire qui a pour but de trouver un accord entre l'entrepreneur et deux ou plusieurs de ses créanciers (éventuellement avec l'aide d'un conciliateur d'entreprises). Moyennant le respect de certaines conditions, cet accord, ainsi que les paiements effectués dans le cadre de cet accord ne seront pas remis en cause, même en cas de faillite postérieure.

Les avantages de ce type de procédure sont multiples. Premièrement, le coût de ce type d'accord est généralement moindre que celui de la procédure en faillite. Deuxièmement, le procédé est plus rapide et troisièmement, il évite à l'entrepreneur d'être déclaré publiquement en faillite.

Néanmoins, il présente également des inconvénients auxquels il faudrait penser à remédier. En effet, comme pour les conciliateurs, il ne suffit pas de prévoir de nouvelles procédures, il faut également se poser la question de savoir si ces procédures seront utilisables et utilisées par les entrepreneurs en difficulté.

Même si les accords amiables sont moins coûteux que la procédure de faillite en elle-même, les coûts de mise en oeuvre de ces accords n'en restent pas moins globalement élevés. De plus, selon une étude mandatée par la Commission européenne, le pourcentage de succès de ces accords amiables serait de seulement quarante-deux pour cent en Europe. Le risque de ne pas aboutir est donc bien réel et peut engendrer des conséquences importantes pour les entrepreneurs.

Enfin, il n'est pas permis au débiteur de conclure un accord amiable avec *un seul* créancier. Il serait pourtant souhaitable d'envisager cette hypothèse, notamment dans les cas où un créancier s'avère être un partenaire prépondérant, voire exclusif, du débiteur.

2.4.2. Les procédures judiciaires

Au cas où des mesures plus importantes s'imposent, et notamment des mesures opposables aux tiers, les procédures doivent se dérouler devant le tribunal.

Il s'agit en l'occurrence de la procédure de réorganisation judiciaire, introduite par requête, dont l'effet principal est d'obtenir un sursis qui va permettre la suspension de toutes les mesures d'exécution visant au recouvrement des créances sursitaires entre le dépôt de la requête et la décision d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, ainsi que pendant toute la durée de cette procédure.

Il permet ainsi à l'entreprise en difficulté de disposer du temps nécessaire pour soit (i) conclure un accord amiable, (ii) obtenir un accord collectif, qui s'impose à tous les créanciers, même ceux qui s'y opposent, si certaines conditions quant au nombre des créanciers qui l'acceptent et le montant du passif qu'ils représentent sont remplies ou (iii), obtenir le transfert sous autorité de justice, dans le cadre duquel un mandataire de justice organise la cession de tout ou partie des actifs de l'entreprise en vue d'assurer la continuité des activités, ces cessions pouvant se faire en une fois ou par opérations successives.

La Chambre de Commerce met en garde les auteurs du projet de loi quant au risque d'entraîner une certaine distorsion de la concurrence. En effet, l'accès à la procédure de réorganisation (et donc au sursis) est très souple (on prévoit notamment que la procédure est ouverte dès que les conditions *paraissent* remplies). Le rôle du juge semble ainsi réduit à sa plus simple expression. Cette souplesse, voire cette quasi-automaticité dans l'accès à la procédure de réorganisation et au sursis, pourrait permettre à certaines entreprises de faire de la concurrence déloyale aux autres grâce aux avantages que leur procure le sursis.

De même, le fait que l'état de faillite ne fasse pas obstacle à l'ouverture de la procédure de réorganisation est un objectif louable, mais il ne faudrait pas qu'une société puisse bénéficier d'un sursis dans l'unique but de reporter une faillite inéluctable.

Il ressort de ces critiques que même si l'idée du sursis est indispensable dans le contexte de la réorganisation des entreprises en difficulté, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il faudrait modifier les conditions d'accès à ce sursis et prévoir notamment un contrôle plus poussé du juge à cet égard.

Suite au rapport d'évaluation de la loi sur la LCE, le législateur belge est actuellement occupé à revoir ces points et la Chambre de Commerce suggère aux auteurs du projet de loi de suivre de près l'évolution de la réforme belge.

Par ailleurs, le Grand-Duché de Luxembourg ne disposant malheureusement pas de tribunaux du commerce consulaires comme en Belgique (et en France), où le Président est assisté de deux praticiens issus du terrain, la Chambre de Commerce estime qu'il est hautement recommandé que les juges continuent à suivre des formations et puissent s'entourer de personnes maîtrisant les aspects pratiques, et souvent techniques, auxquels ils seront forcément confrontés. Il est en effet indispensable que les juges aient à disposition les moyens nécessaires afin de pouvoir rendre leurs décisions en toute sérénité et en pleine connaissance de cause, notamment en raison de la responsabilité accrue du dirigeant dont il sera question dans le cadre du volet répressif.

2.5. Le volet réparateur

A l'heure actuelle, très peu d'entrepreneurs qui ont échoué osent se lancer à nouveau dans le processus de création d'entreprise. Pourtant, selon les statistiques, dix-huit pour cent 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 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.

La Commission européenne a encore insisté récemment³⁴ sur cette nécessité d'offrir une seconde chance aux entrepreneurs. Il s'agit en effet d'un des points faibles de la politique entrepreneuriale mise en oeuvre au Luxembourg.

La Chambre de Commerce félicite donc les auteurs du projet de loi d'avoir enfin pris l'initiative de s'attaquer à ce problème épineux.

Le fait de permettre au commerçant malheureux mais de bonne foi de pouvoir disposer d'une seconde chance, notamment en prévoyant que le commerçant personne physique ne sera plus débiteur du solde du passif de la faillite après clôture de celle-ci est en effet indispensable à l'heure actuelle pour promouvoir de manière cohérente l'esprit d'entreprendre et pour coller au mieux à la politique de seconde chance promue notamment par le *Small Business Act* et la Commission européenne.

La Chambre de Commerce a cependant plusieurs remarques concernant la vision de la seconde chance des auteurs du projet de loi qu'il conviendrait de compléter eu égard au lien avec d'autres aspects touchant l'entrepreneur.

Il existe en effet, selon la Chambre de Commerce, deux versants de la seconde chance: d'une part le volet honorabilité, et d'autre part, le volet financement.

L'une des conditions de l'autorisation d'établissement étant l'honorabilité du commerçant, cette autorisation sera refusée si cette honorabilité ne peut pas être prouvée au ministère des classes moyennes au moment de la demande d'autorisation, notamment en cas de faillite préalable du commerçant, et le commerçant ne pourra dans ce cas pas reprendre une activité.

Pour ce qui est du financement, le fait de prévoir que le commerçant personne physique ne sera plus débiteur du solde du passif de la faillite après clôture de celle-ci est bien entendu un pas en avant, mais cela n'est pas non plus suffisant si l'on tient compte du fait que les banques, déjà frileuses en temps de crise pour ce qui est du financement d'activités commerciales, le deviennent encore plus lorsque la personne qui s'adresse à elle est un commerçant qui a fait faillite préalablement.

Enfin, la Chambre de Commerce souhaite insister sur le fait qu'il ne faut pas sous-estimer l'impact que pourraient avoir d'autres mesures quant à la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur failli (telles que la S.à r.l. simplifiée ou le patrimoine d'affectation mentionnés ci-avant).

³⁴ Commission européenne, Fiche technique Luxembourg 2012 Small Business Act, 2012.

2.6. Le volet répressif

2.6.1. La dissolution administrative sans liquidation

C'est un fait, beaucoup de sociétés au Luxembourg ont périclité et se trouvent sans aucun actif, sans dirigeant et sans siège social, dans un état de quasi-épaves. Actuellement ces sociétés sont soit sujettes à une procédure de faillite, soit à une procédure de liquidation judiciaire. Dans les deux cas, ce sont souvent des milliers d'euros de coûts de procédure qui seront à charge de l'Etat et ce, sans espoir de recouvrer un quelconque actif.

Comme les auteurs du projet de loi, la Chambre de Commerce estime que la mise en place d'un mécanisme permettant d'évacuer ce type de „coquilles vides“ dans un court laps de temps et avec des coûts réduits pour l'Etat est devenue une nécessité, tout en assurant une radiation automatique du registre de commerce et des sociétés. Elle salue donc cette innovation.

2.6.2. La décriminalisation de la banqueroute frauduleuse

Sur le plan répressif, on constate que le nombre de poursuites judiciaires pour banqueroutes frauduleuses est plus que réduit (5 jugements de banqueroutes frauduleuses prononcés en 2009 et 2010 pour Luxembourg et Diekirch). Les auteurs du projet de loi expliquent ce faible nombre par la lourdeur et la lenteur de la procédure à enclencher pour poursuivre la banqueroute frauduleuse en tant que crime.

Le but annoncé par les auteurs du projet de loi est donc de permettre aux autorités compétentes de poursuivre la banqueroute frauduleuse avec plus de rapidité et d'efficacité **en supprimant la distinction entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse**, qui seraient toutes deux qualifiées de délit.

Présentée sous cet angle, l'idée est attrayante. Néanmoins, la décriminalisation de la banqueroute frauduleuse cache plusieurs désavantages dont il faudrait mesurer les conséquences avant de se lancer dans de telles modifications législatives.

Premièrement, la Chambre de Commerce considère que le fait de décriminaliser la banqueroute frauduleuse pourrait engendrer une augmentation du problème, certains entrepreneurs pouvant avoir l'impression que c'est dorénavant moins grave ou que le risque est moindre.

Deuxièmement, de l'avis de la Chambre de Commerce, la décriminalisation de la banqueroute frauduleuse risquerait également d'entretenir encore plus la confusion, déjà existante dans l'esprit du citoyen lambda, entre les entrepreneurs honnêtes et les faillites frauduleuses „organisées“. Le fait de supprimer la nécessité d'une faute grave et caractérisée pour l'exercice des actions en comblement de passif et pour l'interdiction de faire commerce³⁵ accentue d'autant plus ce manque de nuances.

Cette confusion avait notamment été avancée en 2011 dans un rapport d'experts à la Commission européenne. Les experts y indiquaient que, malgré le fait que très peu de faillites soient frauduleuses, l'opinion publique fait toujours un rapprochement entre faillite et fraude. Les experts mentionnaient également qu'il était indispensable de mieux distinguer l'entrepreneur honnête qui a fait faillite de celui qui a organisé une faillite frauduleuse et que des mesures effectives devaient être prises par les Etats membres de l'Union européenne à cet égard.

Les auteurs du projet de loi semblent prendre ici la direction opposée à cette recommandation.

2.6.3. L'allègement des conditions d'exercice de l'action en comblement de passif et de l'interdiction de faire commerce

Le législateur a par ailleurs décidé de modifier l'article 495-1 du Code de commerce dans le but de faciliter l'exercice de l'action en comblement de passif, d'une part, en allégeant les conditions de sa mise en oeuvre (il suffira dorénavant d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif et non plus d'une faute grave et caractérisée) et, d'autre part, en étendant le champ des personnes qui peuvent la demander (en y ajoutant le procureur d'Etat).

Les auteurs du projet de loi sous avis souhaitent également alléger les conditions de l'interdiction de faire commerce prévues à l'article 444-1 du Code de commerce. Comme pour l'action en comble-

³⁵ Voir *infra*, point 2.6.3.

ment de passif, il suffira dorénavant d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif et non plus d'une faute grave et caractérisée.

La Chambre de Commerce est d'avis que ces deux nouveautés contribuent à augmenter fortement les conséquences d'une faillite sur l'entrepreneur et, par conséquent, sont contraires à la vision „seconde chance“ prévue par le projet de loi et voulue par la Commission européenne.

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 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 Chambre de Commerce souhaite également rappeler ici que la décision portant sur l'interdiction de faire commerce devrait être une prérogative des seuls tribunaux et ne devrait pas pouvoir être exercée, comme c'est le cas actuellement, de manière quasi-automatique par le Ministère des classes moyennes, sous couvert de la condition d'honorabilité prévue dans la loi sur l'autorisation d'établissement.

La Chambre de Commerce reviendra dans le commentaire des articles y relatifs sur les modifications projetées en termes d'action en comblement du passif et d'interdiction d'exercice d'une activité commerciale qu'elle juge être des **aggravations excessives** qui grèvent lourdement l'initiative entrepreneuriale, laquelle est nécessairement fondée sur une prise de risque. Elle demande par voie de conséquence que les dispositions projetées soient purement et simplement supprimées du projet de loi. Il en va de même en ce qui concerne l'aggravation de la responsabilité du dirigeant en matière d'impôts impayés – sur laquelle elle reviendra également – en ce qu'il pourrait se voir déclaré personnellement responsable de leur règlement.

2.7. Le volet social

La Chambre de Commerce relève que, dans le cadre de l'approche holistique voulue par les auteurs, le projet de loi comporte un volet social. Ce volet recouvre essentiellement des mesures de réorganisation judiciaire, lesquelles sont présentées comme devant permettre la préservation de l'activité et des emplois qui l'accompagnent.

Au-delà de ces mesures de réorganisation judiciaire, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il conviendrait d'instaurer un cadre légal suffisamment flexible afin de permettre aux sociétés d'affronter des baisses de commandes ou d'activités, devenues récurrentes en ces périodes de crise économique.

La Chambre de Commerce tient en dernier lieu à rappeler que lors des négociations tripartites qui se sont déroulées en juillet 2007 concernant la mise en place du statut unique, le Gouvernement avait proposé de profiter de la réforme de la législation sur les faillites pour revenir sur le montant de l'indemnité de départ à verser par les employeurs aux ex-salariés en cas de licenciements collectifs afin de plafonner de nouveau à un maximum de 3 mois de salaires. La Chambre de Commerce déplore le silence gardé par le projet de loi concernant une éventuelle révision du montant de l'indemnité de départ due alors que celle-ci constituerait une juste contrepartie des multiples efforts financiers consentis par les employeurs dans le cadre de la mise en place du statut unique.

COMMENTAIRE DES ARTICLES

Concernant l'article 1

La Chambre de Commerce propose, à la première phrase de l'article 1 du projet de loi sous avis, de supprimer le mot „de“ et d'inscrire: „*Pour l'application de du présent titre, on entend:*“.

La Chambre de Commerce relève que le terme „entreprise“ n'est pas défini. Il en est de même en ce qui concerne d'autres intervenants, tels, entre autres, le conciliateur, le mandataire de justice ou encore l'administrateur provisoire. La question se pose de savoir si les différents intervenants ne devraient pas être définis, sans que cela ne nuise à la flexibilité voulue par les auteurs du projet de loi.

Par ailleurs, au sujet de l'établissement principal, il conviendrait d'ajouter également une référence à la personne morale.

Concernant les articles 2 et 3

L'article 2 du projet de loi vise à étendre le champ d'application des mesures de préservation non seulement aux commerçants visés à l'article 1er du Code de commerce, mais également aux artisans et aux sociétés civiles.

Il y a lieu de relever que la LCE, dont cette disposition s'inspire, limitait pour sa part l'extension de l'application du régime de la faillite aux seules sociétés civiles à forme commerciale et excluait expressément de son champ les sociétés civiles exerçant une profession libérale. A défaut de reprise de ces exclusions, le nouveau régime aura donc vocation à s'appliquer à tous les types de sociétés (à l'exclusion toutefois des sociétés reprises à l'article 3 du projet de loi) et fera par conséquent application de règles jusqu'alors exclusivement commerciales à tout un ensemble de sociétés non commerciales.

La Chambre de Commerce constate cependant, d'une part, que les auteurs ne sont pas allés jusqu'au bout de leur volonté d'élargir au maximum le champ d'application de ces mesures puisque les associations sans but lucratif (ci-après „ASBL“) demeurent *a priori* exclues du champ d'application du projet de loi. La Chambre de Commerce se demande s'il ne serait pas souhaitable que les ASBL puissent elles aussi bénéficier des mesures de protection du présent projet de loi, notamment concernant les associations ayant une activité économique telle que par exemple l'association Proactif A.s.b.l.

Dans la mesure où les associations de ce type 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.

D'autre part, le rapport d'évaluation précité de la LCE relève de son côté que les professions libérales devraient, elles aussi pouvoir bénéficier des dispositions de la LCE. Concernant la nécessité d'extension du champ d'application de la LCE, le rapport dispose que:

„Il est regrettable que certaines entreprises ayant la forme d'ASBL soient exclues du champ d'application de la LCE alors qu'elles exercent une activité économique au même titre que les autres entreprises et devraient donc pouvoir bénéficier d'une procédure en réorganisation judiciaire. Il en va de même pour les professions libérales qui ne peuvent bénéficier des dispositions de la LCE. Une extension du champ d'application de la LCE aux professions libérales et aux ASBL doit intervenir, que ce soit par une modification de la LCE ou au travers de la jurisprudence des Tribunaux du Commerce et de la Cour Constitutionnelle saisie d'une question préjudicielle sur ce point.

Un élargissement du champ d'application de la loi doit être envisagé. La LCE consacre le principe du portail afin de permettre à un maximum d'entreprises de tenter de surmonter ses difficultés. Cette limitation ne peut être qu'un oubli du législateur de 2009.“

La Chambre de Commerce préconise donc également à ce titre que les auteurs du projet de loi suivent de près l'évolution des débats relatifs à la modernisation de la LCE.

Concernant l'article 5

L'article 5 du projet de loi prévoit la collecte des „données et renseignements utiles concernant les débiteurs qui sont en difficultés financières“ par le secrétariat du Comité de conjoncture.

Cette disposition est également reprise du droit belge et conserve son caractère volontairement large quant aux „données et renseignements utiles“ dont aucune définition n'est par ailleurs donnée par le projet de loi de sorte qu'il en résulte nécessairement une relative incertitude concernant les données qui seront transmises au secrétariat du Comité de conjoncture.

Il conviendrait dès lors, afin d'éviter tout risque de divulgation et de transmission inopportune de données, que l'entreprise concernée soit, au minimum, informée en temps réel de la collecte de ces informations et renseignements avant qu'ils ne soient utilisés.

L'alinéa 2 de l'article 5 prévoit que le débiteur puisse à tout moment prendre connaissance sans déplacement des données ainsi 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'article 6

L'article 6 du projet de loi prévoit qu'une copie des jugements de condamnation par défaut et des jugements contradictoires prononcés contre des débiteurs qui n'ont pas contesté le principal réclamé sera transmise par le greffe du tribunal au secrétariat du Comité de conjoncture. La question se pose de savoir s'il ne conviendrait pas d'ajouter les ordonnances conditionnelles de paiement contre lesquelles il n'a pas été formé de contredit.

Cependant, la Chambre de Commerce est consciente que de nombreuses raisons peuvent expliquer qu'un jugement par défaut soit prononcé à l'encontre d'un commerçant sans pour autant que ceci ne vaille nécessairement reconnaissance de la créance alléguée à son encontre, ou ne révèle de réelles difficultés financières dans le chef de ce commerçant. De plus, ces décisions rendues par défaut sont toujours susceptibles de voies de recours ce qui leur confère au moment de leur communication un caractère purement provisoire.

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 le peu de fiabilité que l'on peut leur conférer dans le cadre de l'appréciation de la situation globale d'un commerçant.

Finalement, se pose la question de savoir si les créanciers privés ne pourraient pas également alerter le secrétariat du Comité de conjoncture au même titre que les créanciers publics.

Concernant l'article 7

La Chambre de Commerce relève que le commentaire de cet article dispose que le débiteur aura plus facilement confiance pour s'adresser au secrétariat du Comité de conjoncture qu'aux cours et tribunaux, „*car il craindra toujours de pouvoir être déclaré en faillite à la suite de sa démarche*“. La Chambre de Commerce a quelques doutes à ce sujet compte tenu du fait que le secrétariat est membre de la CEvED qui a précisément pour mission d'apprécier l'opportunité d'assigner le débiteur en faillite ou non. D'autres mesures, complémentaires, devraient dès lors être envisagées pour réellement enrayer cette crainte et éviter que la volonté positive d'aider le débiteur à s'en sortir ne reste pas *de facto* lettre morte. La Chambre de Commerce y reviendra plus particulièrement, notamment, dans le cadre du commentaire de l'article 9.

Par ailleurs, l'article dispose que c'est le secrétariat du Comité de conjoncture qui prendra contact avec le débiteur, le texte projeté ne prévoyant pas que le débiteur puisse le saisir. La Chambre de Commerce préconise, afin d'éviter tout doute quant à cette possibilité, de l'insérer également formellement.

Finalement, dans le cadre de la procédure de collecte des données sur les entreprises en difficulté, le paragraphe 3 ne prévoit pas de délai pour la préparation du rapport par le secrétariat du Comité de conjoncture. La question se pose de savoir si cette absence de délai ne risque pas de compromettre la finalité de la procédure envisagée, à savoir permettre une identification et un traitement suffisamment précoce des difficultés que connaissent certaines entreprises.

Concernant l'article 8

L'article 8 du projet de loi sous avis crée la CEvED, composée uniquement de membres désignés, l'un sur proposition du Centre commun de la sécurité sociale, les deux autres représentant respective-

ment l'Administration des contributions directes et l'Administration de l'enregistrement et des domaines, le quatrième étant désigné sur proposition du ministre ayant l'Economie dans ses attributions.

La Chambre de Commerce regrette que la CEvED demeure dans le périmètre d'une structure exclusivement interministérielle et ne comprenne pas à tout le moins un membre issu de l'économie réelle afin d'enrichir de son expérience les travaux de cette entité.

Le projet de loi sous avis annonce par ailleurs qu'un règlement grand-ducal fixera l'organisation, le fonctionnement et l'indemnisation des membres de cette cellule. La Chambre de Commerce regrette que le projet dudit règlement grand-ducal n'ait pas été joint au projet de loi sous avis, ce qui lui aurait permis d'avoir une vue d'ensemble quant à l'efficacité et au fonctionnement de la CEvED.

Enfin, il est également mentionné que les frais de fonctionnement sont entièrement à la charge de l'Etat. La Chambre de Commerce regrette l'absence de fiche financière ou d'une grille d'évaluation des frais envisagés.

Concernant l'article 9

L'article 9 du projet de loi autorise le ministre ayant l'Economie dans ses attributions de procéder, à la demande du débiteur, à la nomination d'un conciliateur d'entreprise. Toutefois, aucun délai n'est prévu à cette fin, alors que le projet de loi sous avis fixe un certain nombre de délais par ailleurs dans un souci de célérité. Il conviendrait dès lors également d'en prévoir un à cet endroit.

La Chambre de Commerce constate que le projet de loi demeure muet quant à la détermination des honoraires du conciliateur, ainsi que quant à leur prise en charge, alors que le schéma inclus dans l'exposé des motifs fait état d'une aide financière éventuelle par le secrétariat du Comité de conjoncture. Dans la mesure où il ne ressort pas du texte proposé, qui a entre autre pour but d'alléger le coût des procédures concernant les entreprises en difficulté pour les finances publiques, que les honoraires d'un expert désigné en vue d'apporter des conseils personnalisés de réorganisation de l'entreprise soient pris en charge par l'Etat, il y a lieu d'en conclure que les honoraires du conciliateur devraient être à charge du débiteur en ayant fait la demande.

La Chambre de Commerce est dès lors d'avis que si cette mesure veut avoir un écho favorable, l'encadrement strict 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.

A noter que le rapport sur la LCE précité met ce problème de coûts de cet intervenant en exergue:

*„Dans le cadre de la prévention, le **médiateur d'entreprise**³⁶ est certainement très utile pour les petites entreprises mal encadrées. Cependant, ce médiateur est encore trop peu utilisé et mal connu.*

Le médiateur d'entreprise est une grande nouveauté de la LCE. Il est le relais entre le travail du juge enquêteur et la réorganisation proprement dite. Il va en effet conseiller le débiteur, ce que le juge ne peut pas faire, et le „coacher“ pour l'aider à se réorganiser. Le médiateur devra souvent aider l'entrepreneur à clarifier sa situation, à chercher des pistes de solution et, le cas échéant, jouer un rôle d'intermédiaire avec certains créanciers en recherchant avec eux des solutions possibles. Le médiateur est un conseiller indépendant qui ne représente pas l'entreprise, n'a aucun pouvoir décisionnel, ne gère rien. Le médiateur est un outil surtout destiné aux TPE³⁷ et petites PME qui ne bénéficient souvent pas des conseils de professionnels spécialisés. La principale raison de l'inutilisation de ces médiateurs d'entreprises réside dans la difficulté de trouver la personne appropriée à un prix raisonnable. Une possibilité consisterait à collaborer avec les Senior Consultants. Dans certains arrondissements, leur intervention est promue activement par les chambres d'enquêtes commerciales. Mais, à ce jour, l'utilisation de cet outil est encore beaucoup trop rare, surtout si l'on compare au succès rencontré en France par le mandataire ad hoc mis en place par la loi de sauvegarde de 2005.“

³⁶ Equivalent en Belgique du conciliateur d'entreprises

³⁷ Note de la Chambre de Commerce: „très petites entreprises“

L'article 9 du projet de loi sous avis dispose encore que „*la partie la plus diligente informe le secrétariat du Comité de conjoncture que la mission a pris fin*“. La Chambre de Commerce relève qu'il s'agit également d'une reprise à la lettre de la loi belge, et comprend que le terme „*partie*“ englobe à côté du débiteur ayant sollicité la mesure, également le conciliateur d'entreprise.

La Chambre de Commerce relève que le commentaire de l'article 9 du projet de loi sous avis indique par ailleurs qu'une consultation est en cours avec les chambres professionnelles afin de pouvoir disposer dès la mise en oeuvre de la loi d'un pool varié de conciliateurs disponibles. La Chambre de Commerce est tout à fait disposée à – et même demanderesse de – pouvoir collaborer étroitement avec qui de droit à cette fin. Elle partagera par conséquent volontiers ses suggestions et offrira toute l'aide nécessaire à la mise en oeuvre de cette mesure qu'elle juge essentielle. A rappeler toutefois d'ores et déjà que la Chambre de Commerce estime que le recours projeté à des personnes faisant l'objet d'une liste établie selon 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, est inadaptée.

En effet, la sélection des experts visés par la loi du 7 juillet 1971 n'est soumise à aucun critère établi de qualification ou de compétence. Or, la Chambre de Commerce considère qu'il est essentiel que les conciliateurs envoyés auprès d'entreprises en difficulté répondent à certains critères de sélection et puissent prouver un certain niveau de qualification et de connaissances dans le domaine concerné. Une liste de conciliateurs pourrait ainsi être mise en place, garantissant que les personnes référencées remplissent de telles conditions, liste qui serait périodiquement révisée, notamment au regard de conditions de formation permanente. La Chambre de Commerce réitère sa proposition de collaborer de manière étroite 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. Par ailleurs, elle estime qu'il pourrait également utilement s'être inspiré du *Fachanwalt für Insolvenzrecht* tel que cela existe en Allemagne.

Enfin, la Chambre de Commerce relève une erreur typographique au premier alinéa de l'article 9 où le terme „comité de conjoncture“ devrait se lire Comité de conjoncture.

Concernant l'article 10

L'article 10 du projet de loi permet à tout intéressé, en cas de manquements graves et caractérisés du débiteur menaçant la continuité de l'entreprise, de saisir le „*magistrat présidant la chambre du tribunal selon les formes du référé*“ en vue de la désignation d'un mandataire de justice.

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.

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

Par ailleurs, en ce qui concerne le mandataire désigné par le magistrat *présidant la chambre du tribunal*, le renvoi à la loi précitée suscite les mêmes observations que celles formulées dans le commentaire de l'article 9 ci-dessus en termes d'absence de conditions définies de qualification. La Chambre de Commerce réitère donc à cet endroit le même grief quant au manque de garantie concernant l'efficacité de la mesure visée. Elle recommande vivement de mettre sur pied un pool de personnes sélectionnées sur base de leurs qualifications, compétences et expérience.

Enfin, 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. La Chambre de Commerce y reviendra dans le cadre de l'article 12 ci-après.

Concernant l'article 11

Alors que le schéma reproduit dans l'exposé des motifs relatif à l'accord amiable laisse à penser que le secrétariat du Comité de conjoncture a un échange avec l'entreprise en difficulté à ce sujet, ceci ne ressort pas du texte de l'article 11.

Par ailleurs se pose la question de savoir si cette mesure ne devrait pas être ouverte lorsqu'elle ne vise qu'un seul créancier.

Concernant l'article 12

La Chambre de Commerce note que le sursis peut être obtenu pour trois hypothèses différentes, à savoir (i) permettre la conclusion d'un accord amiable extrajudiciaire, dans les conditions de l'article 38, (ii) obtenir l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation, conformément aux articles 39 à 53 ou (iii) permettre le transfert sous autorité de justice, à un ou plusieurs tiers, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités, conformément aux articles 54 à 65.

Dans un souci d'offrir une chance de rétablissement à l'entrepreneur en difficulté, celui-ci pourrait le cas échéant souhaiter se voir adjoindre, voire se faire remplacer pendant un temps par un mandataire qui gérerait son entreprise à ses côtés, voire à sa place. La Chambre de Commerce n'est pas certaine que le libellé actuel de l'article 12 permette une telle hypothèse et s'interroge s'il ne faudrait pas également l'insérer en conséquence. En effet, en dehors de tout manquement grave et caractérisé du débiteur ou de ses organes (notamment dans le cadre des mesures conservatoires visées par l'article 10 ou encore de l'article 23 du projet de loi), l'entreprise en difficulté pourrait avoir besoin d'une telle aide temporaire et bénéficier en même temps du sursis pendant ladite période.

Concernant l'article 13

En ce qui concerne le 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), la Chambre de Commerce suggère de rajouter à la fin de la phrase les termes „*le cas échéant*“. 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. 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.

Dans un souci de modernisme, de rapidité et de maîtrise des coûts, la Chambre de Commerce propose que l'article 13 du projet de loi sous avis reprenne dans son intégralité l'article 17 de la loi belge, et en particulier son paragraphe 2-39, en incluant la phrase suivante: „*La mention de l'adresse judiciaire électronique et à laquelle il peut être contacté*“.

Concernant l'article 14

La Chambre de Commerce ne comprend pas le renvoi fait dans l'article 14 alinéa 2 à l'article 54 paragraphe (2) et s'interroge quant à savoir s'il ne s'agirait pas d'une erreur de renvoi. La Chambre de Commerce propose partant de déplacer cet alinéa à l'endroit voulu de l'article 54, la désignation d'un juge délégué étant en toute hypothèse déjà fixée au premier alinéa de l'article 14.

Concernant l'article 16

Dans un souci de modernité, rapidité et 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 et selon les conditions qu'il fixerait.

Le rapport sur le LCE relève dans ce contexte:

„En ce qui concerne l'accès à la procédure, on constate un manque d'information de la part principalement des PME concernées.

Dans ce cadre aussi, les comptables, experts-comptables et réviseurs doivent intervenir. Ils doivent conscientiser et sensibiliser les PME. Les demandes des entreprises sont trop tardives en raison de cette méconnaissance des instruments mis à leur disposition par la procédure en réorganisation judiciaire. Comment en bénéficier, quand, à quelles conditions, où s'adresser?

Autant de questions auxquelles les PME n'ont pas facilement de réponse mais auxquelles leur comptable pourrait utilement les conseiller.“

La Chambre de Commerce exhorte dès lors les autorités à introduire le dossier électronique le plus rapidement possible.

Concernant l'article 18

L'article 18 du projet de loi dispose que tant que le tribunal n'a pas statué sur la requête en réorganisation judiciaire, le débiteur ne peut plus être déclaré en état de faillite, et aucune réalisation des biens meubles ou immeubles du débiteur ne peut intervenir suite à l'exercice d'une voie d'exécution.

Aucune mesure de publicité d'un tel dépôt n'a été prévue par les auteurs afin de préserver le crédit du requérant.

La Chambre de Commerce est toutefois d'avis qu'il y va de l'intérêt des créanciers, afin notamment de leur éviter d'engager des frais supplémentaires inutiles en assignation en faillite ou en voies d'exécution, de mettre en place une procédure d'information des créanciers dès le prononcé du jugement qui déclare ouverte la procédure de réorganisation.

Ce défaut d'information des créanciers avait d'ailleurs été également soulevé par la Fédération des Entreprises de Belgique dans le cadre du rapport d'évaluation de la LCE précité aux termes duquel elle sollicitait la mise en place de dossiers électroniques en matière de continuité des entreprises et la publication des informations relatives aux procédures en cours sur le site internet des tribunaux de commerce:

„Les créanciers, eux aussi, lorsque le débiteur sollicite l'ouverture d'une procédure en réorganisation judiciaire, sont peu ou mal informés. Le Moniteur belge³⁸ est un outil d'information dépassé, beaucoup trop limité.

La mise en place de dossiers électroniques en matière de continuité (et de faillite également) permettrait une plus large diffusion de l'information et une simplification des procédures pour les créanciers. Une page sur le site web de chaque Tribunal de Commerce dédiée aux procédures en cours permettrait aisément d'informer les créanciers. Le Tribunal de Commerce de Tongres, par exemple, dispose d'une telle page sur son site web.

L'inertie des créanciers, par méconnaissance de la procédure, en raison de la difficulté de s'informer et d'intervenir, est un réel problème dans le cadre d'un bon fonctionnement de la procédure en réorganisation judiciaire. On constate, en effet, peu d'intervention volontaire de la part des créanciers. S'agit-il d'un fatalisme devant la perte de leur créance? Un changement de mentalité est souhaitable.

*Une information, une sensibilisation et une formation des créanciers et des entreprises sont indispensables pour une meilleure utilisation de la loi ainsi que pour un changement des mentalités. Les entreprises comme leurs créanciers devraient être plus proactifs et avoir confiance en l'efficacité d'une telle procédure.*³⁹

Concernant l'article 19

En ce qui concerne les conditions d'ouverture de la procédure de réorganisation et le contrôle qui en est fait, la Chambre de Commerce se permet de renvoyer aux développements faits dans le cadre du point 2.4.3. ci-dessus.

Elle souhaite par ailleurs relever les observations faites dans le cadre du rapport sur la LCE selon lesquels:

„Pour bénéficier d'une procédure en réorganisation, il suffit que la continuité de l'entreprise soit menacée à court ou moyen terme, selon l'appréciation du débiteur, et que la procédure puisse apporter un élément de solution au maintien ou à la relance, total(e) ou partiel(le), de l'activité économique. Le pouvoir d'appréciation du juge est aussi réduit à sa plus simple expression. Le tribunal n'a pas à apprécier la capacité du débiteur à garantir concrètement la continuité de son entreprise durant la période de sursis. A cet égard, la jurisprudence est très partagée. On constate que certains tribunaux n'exercent aucun contrôle, se contentant des affirmations du débiteur alors que d'autres contrôlent l'absence d'abus évident de procédure.

Ce contrôle minimum est nécessaire. En effet, au-delà des controverses qui accompagnent toute législation, il apparaît que le principal reproche que l'on peut faire à la LCE consiste dans les risques de distorsion de concurrence qu'elle peut entraîner c'est-à-dire les risques que des entre-

³⁸ Il s'agit de l'équivalent du Mémorial.

³⁹ Rapport d'évaluation de la loi sur la continuité des entreprises, FEB, mars 2012, page 14

prises fassent de la concurrence déloyale aux autres grâce aux avantages que leur procure le sursis. Les risques de distorsion de concurrence, que la quasi-automaticité de l'ouverture de la procédure fait courir au détriment des entreprises respectueuses de leurs engagements, peuvent être examinés dans le cadre de ce pouvoir résiduaire s'ils sont flagrants. A cet égard, plusieurs décisions ont déclaré non fondée une demande de réorganisation judiciaire formée par une entreprise dont les documents et les explications du débiteur ainsi que celles du juge délégué faisaient apparaître une activité bénéficiaire et une absence de véritables problèmes de liquidités.

Si cette jurisprudence doit être nuancée dans la mesure où la seule existence d'une situation bénéficiaire n'est pas en soi exclusive de la procédure pour autant que d'autres éléments attestent d'une réelle menace de discontinuité à laquelle le sursis permettrait de remédier, elle doit cependant ouvrir la réflexion sur un nécessaire contrôle des demandes abusives.

Certains membres du groupe de travail ont émis la proposition d'étendre le pouvoir du juge délégué lui permettant, d'initiative, de saisir le parquet et de demander une révocation du plan de réorganisation lorsqu'il constate qu'une procédure est abusive (article 58 LCE étendu). Cette suggestion n'a pas que des partisans car elle porte atteinte à la grande souplesse introduite par la LCE mais pourrait, dans certains cas, éviter la poursuite de procédures abusives.

Il faut éviter que les entreprises saines soient les victimes d'une décision judiciaire permettant d'isoler une entreprise de ses créanciers, sans qu'existe un risque réel de discontinuité. Lors de l'adoption de la LCE, le Parlement a choisi de disposer d'une telle législation de sauvetage d'entreprises en difficulté avec les risques que cela peut comporter pour d'autres entreprises. Il a ainsi mis en place une alternative à la faillite pour les entreprises en difficulté, faillite dont les conséquences sont également négatives notamment pour les créanciers.

En principe, l'état de faillite virtuel ne fait pas obstacle à l'ouverture de la procédure de réorganisation. Toutefois, il appartient au débiteur de démontrer la viabilité d'une activité économique, soit par lui, soit par un tiers. Il ne s'agit pas de faire une analyse approfondie de la viabilité de l'entreprise mais de s'assurer qu'au minimum une relance de l'activité reste possible.

*Il ne peut être admis qu'une société bénéficie d'un sursis dans l'unique objectif de reporter une faillite dont la déclaration est inéluctable.*⁴⁰

La Chambre de Commerce rappelle pour autant que de besoin l'avantage qu'ont les tribunaux de commerce belges qui comptent des juges consulaires rompus à l'appréciation des conditions économiques sous-jacentes, ce qui est crucial pour pouvoir apprécier à sa juste valeur la situation du débiteur requérant.

Finalement, l'article 19 dispose 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 présomption ne joue qu'en faveur du débiteur puisqu'elle s'inscrit dans le cadre d'un dépôt de requête en ouverture de procédure judiciaire par celui-ci. Alors que la Chambre de Commerce souhaite faire de l'article 100 de la loi de 1915 relatives aux sociétés commerciales un clignotant en faveur de l'entrepreneur, tout en l'étendant aux sociétés à responsabilité limitée, elle se doit à cet endroit de mettre en exergue que la perte de la moitié du capital social n'est pas toujours nécessairement un signe que ce débiteur va mal pour autant et n'a plus de crédit. Outre le fait que ce clignotant est dans le présent contexte un indicateur en faveur du débiteur, ce que la Chambre de Commerce salue, elle réitère donc sa demande d'en faire un clignotant en faveur du secrétariat du Comité de conjoncture afin de lui permettre le cas échéant de l'inviter à discuter de sa situation.

Concernant l'article 20

Pour éviter toute insécurité juridique, la Chambre de Commerce propose qu'il soit rajouté, à l'article 20 du projet de loi sous avis „*trois jours francs*“ pour la convocation du débiteur par le greffier à l'audience, dans le cadre du jugement sur requête en réorganisation judiciaire, à l'image de l'article 24 de la LCE.

⁴⁰ Rapport d'évaluation de la loi sur la continuité des entreprises, FEB, mars 2012, page 15

Concernant l'article 21

La Chambre de Commerce renvoie pour autant que de besoin au commentaire de l'article 18 s'agissant de la publication seulement au Mémorial qu'elle juge inadaptée. Une publication par voie électronique correspondrait de loin mieux aux objectifs du projet de loi sous avis, notamment en matière de réduction de coûts et de rapidité. Ceci permettrait aussi d'éviter que le débiteur aux abois ne doive aviser individuellement les créanciers, ce qui, s'ils sont multiples, ne ferait qu'accroître les coûts d'autant.

En ce qui concerne les mentions à publier dans l'extrait, la Chambre de Commerce suggère d'insérer au point 2° en même temps que la date du jugement, également celle de la requête, et ce au regard des effets qui y sont attachés (date de début du sursis).

Concernant l'article 22

Le premier paragraphe prévoit la désignation par le tribunal d'un mandataire de justice lorsque le débiteur en fait la demande. La question des qualifications requises pour un tel mandat et d'un éventuel contrôle en amont de celles-ci n'est pas traitée par les auteurs du projet de loi. La Chambre de Commerce se permet dès lors de renvoyer aux commentaires formulés dans le cadre de l'article 9.

Ce même paragraphe fait par ailleurs état de „*la même décision ou à tout moment de la procédure*“. La question se pose de savoir s'il s'agit d'un jugement et des voies de recours contre cette décision, l'article 21 ne prévoyant aucune précision à ce sujet, contrairement aux articles 23 et 24 du projet de loi sous avis. La Chambre de Commerce invite les auteurs à clarifier cet aspect pour éviter tout risque d'incertitude juridique et à prévoir la possibilité d'un recours, fut-il non suspensif.

La Chambre de Commerce formule à cet endroit une suggestion qui vaut *mutatis mutandis* en ce qui concerne les articles 23, 38, 42 et 55 du projet de loi.

Les différents dispositifs introduits par le projet de loi sous avis dans son volet préventif prévoient en effet l'intervention facultative ou obligatoire, selon les cas, d'un mandataire de justice.

C'est ainsi que l'article 22 du projet de loi sous avis envisage la possibilité pour le débiteur qui en fait la demande de se voir adjoindre un mandataire de justice pour l'assister dans sa réorganisation judiciaire. Ce même article, dans son second alinéa, prévoit que cette demande peut être faite par un tiers qui y a intérêt via une requête précisant la mission proposée. Dans ce cas, les frais et honoraires du mandataire de justice sont à la charge du requérant.

L'article 23 du projet de loi prévoit quant à lui les circonstances de nomination par le tribunal d'un administrateur provisoire chargé d'administrer l'entreprise en lieu et place du débiteur.

L'article 38 du projet de loi prévoit que dans le cas où le sursis est demandé par le débiteur en vue de conclure un accord amiable extrajudiciaire avec tous ses créanciers ou avec deux ou plusieurs d'entre eux, le tribunal a la possibilité d'adjoindre au débiteur un mandataire de justice désigné par application de l'article 22 précité.

De la même façon, l'article 42 du projet de loi envisage l'éventuelle assistance du débiteur par un mandataire de justice dans le cas d'une réorganisation judiciaire par accord collectif.

Enfin, aux termes de l'article 55 du projet de loi, le jugement qui ordonne le transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités en vue d'assurer leur maintien, désigne un mandataire de justice qui aura la charge d'organiser et réaliser le transfert ordonné.

Le projet de loi sous avis définit ainsi les circonstances dans lesquelles un tiers expert peut être désigné dans le cadre de la réorganisation d'une entreprise en difficulté pour assister le débiteur, voire lui être substitué. La Chambre de Commerce souhaiterait à cet endroit mettre plus particulièrement l'accent sur l'aspect de la protection des créanciers. Partant de l'approche globale qu'entend avoir le projet de loi, elle est en effet d'avis que cet aspect pourrait être amélioré en associant les créanciers au choix du tiers qui leur paraît être le plus à même d'agir au mieux de leurs intérêts et de les représenter en tant que créanciers. Ainsi, il pourrait être imaginé de leur octroyer le droit de suggérer le choix du mandataire judiciaire, voire de l'administrateur provisoire, en question. A noter que cette pratique existe déjà en droit anglo-saxon et, dans une moindre mesure, en droit français.

En ce qui concerne finalement la problématique des critères de choix et de rémunération du tiers concerné, la Chambre de Commerce se permet de renvoyer aux observations développées dans le cadre du commentaire de l'article 9 quant au conciliateur et qui gardent leur pertinence en ce qui concerne le choix du mandataire de justice ou de l'administrateur provisoire.

Concernant les articles 23 et 24

Les articles 23 et 24 du projet de loi prévoient notamment les voies de recours ouvertes à l'encontre des décisions du tribunal portant nomination d'un administrateur provisoire ou statuant sur la demande d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire.

Aux termes de ces articles, 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 l'imprécision de la notion de „*magistrat président la chambre du tribunal*“ d'ores et déjà relevée dans le commentaire de l'article 10 du présent projet de loi, auquel il est renvoyé, 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 ces articles 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 oeuvre pratique de cette voie de recours et sur sa compatibilité avec la notion de procès équitable.

La Chambre de Commerce constate d'ailleurs que les articles 28 et 29 de la LCE, dont ces articles s'inspirent, prévoyaient quant à eux que les voies de recours à l'encontre de ce type de décisions s'exerçaient par requête déposée au greffe de la Cour d'appel dans un délai de 8 jours suivant la notification du jugement.

Afin d'assurer l'impartialité et l'effectivité des voies de recours à l'encontre des décisions prises dans le cadre des articles 23 et 24 du projet de loi, la Chambre de Commerce suggère dès lors d'adopter l'option du législateur belge tendant à confier l'appel des décisions précitées à la compétence de la Cour d'appel.

La Chambre de Commerce note par ailleurs une erreur de renvoi à l'article 22 paragraphe 1er qui devrait se lire article 21 paragraphe 1er.

Concernant les articles 25 et suivants

Dans le cadre de la sous-section 5 du projet de loi relative aux effets de la décision de réorganisation, est posé le principe selon lequel aucune résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une telle procédure. Ce principe étant posé, il conviendrait par contre de s'interroger s'il ne faudrait pas, en cas de manquement de la part du débiteur durant la période de sursis, permettre aux créanciers chirographaires de procéder à une dénonciation des contrats en cours conformément aux stipulations de ces mêmes contrats. Il serait peut-être par ailleurs opportun de préciser le régime des clauses de réserve de propriété (et des revendications qui y sont éventuellement attachées) dans le cadre d'une procédure de réorganisation.

L'opposabilité des mises en compensation en cas de procédure collective prévue aux articles 18 et suivants de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, laquelle s'inscrit dans le cadre défini par le Règlement CE n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, doit en tout état de cause être préservée, eu égard à l'importance de ces dispositions dans la pratique du droit des affaires sur la Place du fait de la sécurité juridique qui en découle. Dans cette perspective, les dispositions du projet de loi sous avis visant à permettre l'effectivité de telles mises en compensation dans le cadre d'une procédure de réorganisation sont saluées expressément.

Concernant l'article 28

Dans un souci d'éviter un renchérissement du crédit et donc de freiner l'esprit entrepreneurial, voire celui de seconde chance, la Chambre de Commerce appelle d'une manière générale à ce que les auteurs du projet de loi tiennent compte des réflexions menées en Belgique à ce sujet. Ainsi le rapport de 2012 précité relatif à la LCE dispose que: „(...) *le sort des cautions dans le cadre de la LCE devrait retenir l'attention du législateur.*“

Par ailleurs, la proposition de loi du 13 janvier 2011⁴¹ relève que „*Protéger de façon trop large les sûretés a comme corollaire inévitable de compliquer l'accès au crédit pour celui qui ne bénéficie pas de sûretés ou autres garanties suffisantes, ce qui peut provoquer une réduction globale des crédits accordés et donc générer des effets néfastes économiquement pour la collectivité. Mais il est tout aussi sûr qu'une absence de protection de la sûreté bénévole peut avoir des conséquences inévitables et rend également plus complexe la possibilité d'une relance et d'une „seconde chance“.*

Le texte tente de trouver une solution équilibrée tenant compte de tous les intérêts en cause.“

A noter finalement que selon l'article 64, le sursis profite à tout le moins aux personnes qui se sont constituées sûreté personnelle du débiteur à titre gratuit, ce qui est salué.

Concernant l'article 30

La Chambre de Commerce note une erreur de renvoi à l'article 22 paragraphe 1er qui devrait se lire article 21 paragraphe 1er.

Concernant l'article 31

La Chambre de Commerce propose de remplacer le terme „déclaration d'ouverture de la procédure“ par „jugement déclarant l'ouverture de la procédure“.

Concernant l'article 33

L'article 33 du projet de loi prévoit la possibilité pour le tribunal de proroger le sursis initialement octroyé de 6 voire 12 mois supplémentaires à la requête du débiteur.

Contrairement aux décisions initiales accordant le bénéfice du sursis, les décisions statuant sur la demande de prolongation du sursis ne sont pas susceptibles d'opposition ou d'appel de la part du débiteur.

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 manoeuvres 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 extrêmement courts.

Concernant l'article 36

La Chambre de Commerce note une erreur de renvoi à l'article 22 paragraphe 1er qui devrait se lire article 21 paragraphe 1er.

Concernant l'article 38

La Chambre de Commerce note une erreur de renvoi à l'article 22 paragraphe 1er qui devrait se lire article 21 paragraphe 1er.

Concernant l'article 44

L'article 44 du projet de loi détermine le contenu du plan de réorganisation proposé par le débiteur.

Ce texte est directement repris de l'article 49 de la LCE.

La Chambre de Commerce rappelle qu'un projet de loi n° 2692/001 a été déposé le 12 mars 2013 devant la chambre des représentants de Belgique afin de procéder à une modification de la loi de 2009, dont notamment de l'article 49.

Parmi les défauts constatés après quelques années de pratique en Belgique, il a notamment été relevé que la possibilité offerte au débiteur par l'article 49 de la LCE, de proposer un règlement différencié

⁴¹ Proposition de loi modifiant la législation en ce qui concerne la réforme du régime de la décharge des cautions en matière de faillite, (déposée par M. Raf Terwingen et consorts), Chambre des Représentants de Belgique, 13 janvier 2011, Docs parl. 2010-2011

de certaines catégories de créances, notamment en fonction de leur ampleur ou de leur nature, conduisait généralement à créer de grandes inégalités entre créanciers.

Le législateur belge a par conséquent proposé d'imposer désormais que les plans de réorganisation incluent pour tous les créanciers une proposition de paiement qui ne peut être inférieure à quinze pour cent du montant de la créance⁴².

La Chambre de Commerce estime qu'il serait judicieux de s'inspirer des dysfonctionnements constatés relativement à la pratique des dispositions de l'article 49 LCE, et de déterminer dès à présent un plafond minimum de proposition de paiement des créanciers à formuler dans le plan de réorganisation.

Par ailleurs, il est prévu au premier alinéa que le plan de redressement peut prévoir la conversion de créances en actions. Il conviendrait ici d'assujettir cette possibilité aux conditions d'agrément légalement et statutairement applicables à la société débitrice, suivant sa forme juridique. Techniquement, la créance est apportée par voie d'apport en nature et est ainsi soumise à la procédure d'évaluation des apports en nature dans le cas d'une société de capitaux. A noter enfin que le terme „*parts sociales*“ serait plus approprié pour certaines sociétés, comme celles à responsabilité limitée.

Concernant l'article 51

L'article 51 du projet de loi organise les voies de recours à l'encontre des jugements statuant sur la demande d'homologation du plan de réorganisation. Ces voies de recours sont les mêmes que celles prévues à l'article 23 et 24 du projet de loi.

La Chambre de Commerce renvoie dès lors aux commentaires de ces articles.

Concernant l'article 52

La Chambre de Commerce renvoie au commentaire de l'article 28.

Concernant l'article 53

L'article 53 du projet de loi autorise tout créancier à demander au tribunal la révocation du plan de réorganisation lorsque celui-ci n'est pas respecté.

Le terme de „*citation du débiteur*“ employé dans cet article apparaît contraire aux dispositions du Nouveau Code de Procédure Civile⁴³ prévoyant que devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile ou commerciale il y a lieu de procéder par voie d'assignation.

Une telle ambiguïté est susceptible d'induire en erreur les créanciers et de conduire à des problèmes d'exécution de cette disposition, de sorte que la Chambre de Commerce suggère de clarifier le mode de saisine du tribunal d'arrondissement d'une telle demande.

La Chambre de Commerce propose également, afin d'éviter des frais supplémentaires pour les créanciers, que la demande de révocation du plan de réorganisation puisse être introduite par voie de requête et non pas par voie d'exploit d'huissier.

Concernant les articles 54 et suivants

Les articles 54 et suivants du projet de loi 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 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'entreprise⁴⁴:

- 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;

⁴² Article 27 du projet de loi n° 2692/001

⁴³ Articles 153 et suivants du Nouveau Code de Procédure Civile

⁴⁴ 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 Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

- 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'article 55

En ce qui concerne le renvoi à la loi du 7 juillet 1971 portant, en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes assermentés et complétant les dispositions légales relatives à l'assermentation des experts, traducteurs et interprètes, la Chambre de Commerce estime que celui-ci est inadapté. Pour le surplus, elle se permet de renvoyer aux observations formulées dans le cadre de l'article 9.

Concernant l'article 56

Au paragraphe (2), premier alinéa de l'article 56, il est fait référence à des „*organisations syndicales représentatives sur le plan national*“. Il conviendrait plutôt de se référer à des „*organisations syndicales représentatives sur le plan national ou sectoriel*“.

Le paragraphe (4) de l'article 56 impose au cessionnaire, lors du choix des salariés qu'il souhaite reprendre, de veiller à ne pas effectuer de „*différenciation interdite, en particulier sur la base de l'activité en tant que représentant du personnel*“. En premier lieu, il serait plus opportun de recourir au concept, juridiquement mieux défini, de „*discrimination*“ en lieu et place de „*différenciation*“. Aux yeux de la Chambre de Commerce, l'obligation mise à la charge du cessionnaire de reprendre les représentants du personnel – même si elle devait être proportionnelle au nombre de salariés choisis – est en contradiction:

- avec le texte même du paragraphe (4) de l'article 56 qui dispose que le choix des salariés „*doit être dicté par des raisons techniques, économiques et organisationnelles*“, d'une part,
- avec l'esprit de la procédure de redressement envisagée, à savoir permettre en priorité la reprise des compétences nécessaires à la viabilité de l'entreprise cédée, d'autre part.

Concernant l'article 57

Cet article traite de la vente et de la cession des actifs de la société qui se trouve en procédure de réorganisation judiciaire. La Chambre de Commerce est d'avis que le projet de loi 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 modifiés, 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 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 de 1915 relatives 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.

La Chambre de Commerce se demande par ailleurs si le terme „*contradictoire*“ suivant le mot „*requête*“ au quatrième alinéa ne devrait pas être supprimé.

Concernant l'article 65

Aux termes de l'article 65 du projet de loi, la personne physique dont l'entreprise a été transférée dans sa totalité par application de l'article 62 peut être déchargée par le tribunal des dettes existantes au moment du jugement ordonnant le transfert, si cette personne est malheureuse et de bonne foi. S'il est déchargé, le débiteur ne pourra plus être poursuivi par ses créanciers.

A défaut de précisions quant à la notion de „*personne malheureuse et de bonne foi*“, il y a lieu de constater que les conditions d'application de cet article ne sont pas clairement définies.

De plus, les auteurs du projet de loi motivent cette disposition par la volonté d'éviter que les commerçants personnes physiques ne préfèrent opter pour la faillite, leur permettant ainsi de bénéficier des dispositions de l'article 536 du Code de commerce tel que modifié par la loi du 8 janvier 2013 concernant le surendettement. A noter toutefois que le projet de loi sous avis prévoit d'abroger l'article 536 précité, ce qui doit constituer une erreur de renvoi (cf. article 86 point 46).

La Chambre de Commerce relève par ailleurs que l'article 536 du Code de commerce n'attribue pas une décharge définitive et totale de son passif au failli, mais autorise au contraire les créanciers à poursuivre le recouvrement de leurs créances en cas de retour à meilleure fortune du failli endéans les 7 années suivant le jugement de clôture pour insuffisance d'actifs.

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 précitée.

La Chambre de Commerce est par conséquent 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. Elle préconise dès lors de s'interroger quant à la nécessité d'apporter une plus grande cohérence entre les deux régimes.

En ce qui concerne finalement le sort des sûretés personnelles, la Chambre de Commerce renvoie pour autant que de besoin aux développements faits précédemment dans le cadre de l'article 28.

Concernant l'article 66

La Chambre de Commerce, bien qu'elle salue expressément le fait que le pool des curateurs soit désormais ouverts à d'autres personnes que seulement aux avocats, réitère néanmoins ses critiques face au renvoi à la loi de 1971 précitée en ce que les conditions de qualifications, compétence et expérience ne lui paraissent pas être suffisamment assurées en procédant de la sorte.

Concernant l'article 72

La Chambre de Commerce suggère les améliorations rédactionnelles suivantes: „*Le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés ouvre la procédure de dissolution administrative sans liquidation dans les trois jours de la réception de l'ordonnance visée à l'article 71 et notifie la décision d'ouverture de la procédure par lettre recommandée avec accusé de réception adressée à la société commerciale et procède à sa publication sur le site Internet du registre de commerce et des sociétés valant information des tiers.*“

La Chambre de Commerce salue l'innovation que constitue la procédure de dissolution administrative sans liquidation (ci-après „PAD“) qui devrait considérablement réduire les charges liées à ces procédures, tant en moyens humains qu'en termes financiers, qui pourront être réaffectés à d'autres tâches. Elle salue par ailleurs le recours aux moyens de communication électronique pour leur rapidité et la réduction des coûts afférente.

Concernant l'article 75

L'article 75 du projet de loi sous avis annonce, dans le cadre de la dissolution administrative sans liquidation, qu'un règlement grand-ducal précisera les démarches à effectuer par le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés qui, à partir de la publication de la décision d'ouverture de la procédure, exerce une mission de vérification pour confirmer l'absence d'actifs pour une valeur totale supérieure au seuil fixé et l'absence de salaires.

La Chambre de Commerce regrette que le projet de règlement grand-ducal n'ait pas été joint au projet de loi sous avis.

Concernant l'article 82

La Chambre de Commerce relève qu'en cas de découverte d'actifs, la garantie financière avancée par le tiers doit lui être restituée sans déduction de frais, alors que les frais de justice seront considérés comme frais de la masse ainsi que cela résulte du commentaire des articles. Par conséquent, les termes „sous déduction des frais et taxes éventuellement dus“ sont à supprimer à l'alinéa deux de l'article 82.

Concernant l'article 83

La Chambre de Commerce comprend que la PAD emporte la dissolution de la société, ainsi que la clôture immédiate de la liquidation et la radiation automatique de la société du registre de commerce et des sociétés.

Concernant l'article 86 point 1)

La question se pose de savoir s'il y a lieu de maintenir la mention du chapitre I et II compte tenu de la suppression de la distinction entre banqueroute simple et banqueroute frauduleuse.

Concernant l'article 86 point 5)

L'article 86 point 5) du projet de loi sous avis, introduisant un nouvel article 443 du Code de commerce, précise qu'il sera publié au Mémorial le „contenu essentiel de la décision ouvrant la procédure d'insolvabilité“ à l'étranger, si le débiteur a un établissement au Luxembourg.

Pour plus de sécurité juridique, la Chambre de Commerce recommande que des exemples de „contenu essentiel“ soient donnés dans le cadre du commentaire des articles. Le „contenu essentiel“ à publier ne doit pas placer l'établissement au Luxembourg dans une situation inconfortable si celui-ci est sain et viable. La publication de certaines informations pourrait en effet lui être défavorable et inciter investisseurs et clients à préférer la concurrence.

Concernant l'article 86 points 7) et 30)

L'article 86 point 7) du projet de loi sous avis supprime la distinction entre banqueroute simple et banqueroute frauduleuse. La notion de faute grave et caractérisée de l'article 495-1 du Code de commerce telle qu'elle existe pour l'heure est remplacée par celle de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actifs.

De l'avis de la Chambre de Commerce, cet assouplissement projeté des conditions de mise en oeuvre de l'interdiction d'exercer (article 444-1) et de l'action en comblement de passif (article 495-1) fait naître un véritable risque pour les dirigeants de société d'être désormais systématiquement condamnés à l'interdiction d'exercer, ainsi que d'être tenus au comblement du passif de leur société en cas de faillite.

La Chambre de Commerce relève par ailleurs que toutes les fautes de gestion ne sont pas équivalentes. En effet, certaines fautes peuvent être considérées comme des fautes graves en raison de l'intention manifeste du gérant de ne pas suivre les règles, et des fautes de gestion peuvent être commises par le gérant qui n'est tout simplement pas un bon gestionnaire. Dans certains cas, le comportement du débiteur pourrait même être qualifié d'erreur de gestion qui n'est assurément pas à mettre sur un pied d'égalité avec la faute de gestion.

La faute de gestion s'avère déjà en elle-même complexe à apprécier en ce qu'elle regroupe à la fois des critères juridiques et des critères économiques. Elle se fonde sur des critères juridiques lorsque le dirigeant ne gère pas la société dans l'intérêt social, mais dans son propre intérêt. L'abus de bien social vise déjà cette hypothèse. La faute de gestion peut se définir comme le manquement aux règles qui définissent un dirigeant normalement prudent et diligent, c'est-à-dire un dirigeant soucieux de l'intérêt de sa société.

L'exigence d'une condition de gravité caractérisée de la faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actifs constitue du point de vue de la Chambre de Commerce un élément fondamental permettant tant l'exercice d'un contrôle efficace de cette mesure de la part des magistrats, que la distinction entre les commerçants de bonne et de mauvaise foi.

A défaut, la Chambre de Commerce estime que le risque d'automatisation d'interdiction d'exercer et de mise en oeuvre de l'action en comblement de passif à l'encontre des dirigeants pourrait nuire à l'initiative entrepreneuriale en procédant ni plus ni moins à la confusion des patrimoines de la société avec ceux de ses dirigeants.

La Chambre de Commerce considère en outre que les modifications projetées vont plus loin que de sanctionner l'entrepreneur malhonnête comme cela est avancé, 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. **La proposition de remplacer la notion de faute grave et caractérisée ne trouve partant pas l'adhésion de la Chambre de Commerce**, alors que par ailleurs, contrairement à toutes les autres dispositions du projet de loi sous avis, celle-ci s'inspire, pour une raison qui n'est pas précisée, de la loi française; ce qui manque de cohérence et ne permettra pas de s'inspirer – argument positif avancé dans l'exposé des motifs – de la jurisprudence et doctrine belges. D'autre part, la Chambre de Commerce rappelle que les tribunaux de commerce français sont des **juridictions consulaires** bénéficiant de l'expertise de gens du terrain, de personnes issues du monde économique, ce qui constitue une garantie incontournable pour le débiteur qui va être jugé. Ceci n'est précisément pas le cas des tribunaux au Grand-Duché de Luxembourg, ainsi que le rappelle l'exposé des motifs lui-même.

Par conséquent, la Chambre de Commerce n'approuve pas le remplacement des termes „faute grave et caractérisée“ par „faute de gestion“ et en appelle à maintenir les termes repris actuellement à l'article 495-1 du Code de Commerce. Il en est de même en ce qui concerne l'article 444-1 du Code de commerce relatif à l'interdiction d'exercer une activité commerciale qui est finalement, du fait des modifications projetées, tout à fait contraire à la notion de seconde chance avancée, et ce, pour des raisons identiques.

D'un point de vue procédural, la Chambre de Commerce souhaite formuler l'observation suivante: l'article 86 point 30) du projet de loi prévoit également la possibilité pour le Procureur d'Etat d'introduire une action en comblement de passif, jusqu'alors réservée au curateur.

Or, 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 qu'un vrai problème d'intérêt à agir pour le Procureur d'Etat pourrait se présenter 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.

Concernant l'article 86 point 9)

La Chambre de Commerce réitère à cet endroit les commentaires faits dans le cadre de l'article 66.

Concernant l'article 86 point 19)

L'article 479 du Code de commerce, tel que modifié, envisage, dans le cadre d'une faillite, le paiement d'intérêts par le curateur en cas de retard dans le versement des deniers provenant des ventes et recouvrements faits par lui. La notion de „retard“ n'est ici pas définie et mériterait d'être précisée, d'autant plus que le texte actuel de l'article 479 du Code de commerce renvoie à une période de huit jours.

Concernant l'article 86 point 23)

Le texte actuel parle au premier paragraphe de „... la vérification et la rectification du **bilan** ...“ alors que la loi 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 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 dans le 2ème paragraphe.

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

Concernant l'article 86 point 30)

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 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.

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'article 86 point 7).

Concernant l'article 86 point 38)

La Chambre de Commerce propose d'ajouter les termes suivants: „*Le failli et les créanciers vérifiés ou portés au bilan pourront assister à la vérification des créances et fournir des contredits aux vérifications, faites et à faire. Après la vérification, les contredits aux vérifications faites et comprises dans ce procès-verbal ne pourront, à peine de nullité, être formés que par actes signifiés aux créanciers déclarants, et déposés au greffe avec les pièces justificatives **au plus tard** deux jours avant l'audience fixée pour les débats sur les contestations.*“

Concernant l'article 86 point 39)

A l'alinéa 1 de l'article 86 point 39) du projet de loi sous avis, la Chambre de Commerce propose de remplacer le terme „*avertis*“ par „*averti*“.

L'alinéa 4 de l'article 86 point 39) du projet de loi sous avis, modifiant l'article 504 du Code de commerce, cite le „*concordat*“, dont la référence doit être effacée, puisque le projet de loi le supprime.

Concernant l'article 86 point 40)

Le paragraphe 4 de l'article 86 point 40) du projet de loi sous avis, insérant un nouvel article 507-1 du Code de commerce, indique „*les déclarations à caractère privilégié*“. Or, ceci est contredit par le commentaire des articles qui précise „*les déclarations privilégiées et superprivilégiées*“.

La Chambre de Commerce demande que ce point soit clarifié.

Concernant l'article 86 point 41)

La Chambre de Commerce propose qu'il soit apporté la modification suivante à l'article 86 point 41) du projet de loi sous avis: „*Un ~~nouvel~~ article 507-2 nouveau est inséré*“.

Concernant l'article 86 point 45)

La Chambre de Commerce s'interroge quant au renvoi fait à l'article 519 paragraphe 3, alors que cet article semblerait être supprimé (cf. article 86 point 42)).

Concernant l'article 86 point 46)

La Chambre de Commerce s'interroge quant à la suppression de l'article 536 du Code de commerce, notamment au regard de l'article 65 du projet de loi sous avis.

Concernant l'article 88

Le tableau des protêts des lettres de change acceptées et des billets à ordre sera désormais transmis dans les dix premiers jours de chaque mois, par les receveurs de l'enregistrement au magistrat président la chambre du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale dans le ressort duquel le protêt a été dressé, ainsi qu'au secrétariat du Comité de conjoncture, à la **Chambre de Commerce** et la Chambre des métiers.

L'article 88 du projet de loi sous avis, modifiant l'article 97 de la loi modifiée du 8 janvier 1962, prévoit que les tableaux des protêts peuvent être consultés par „chacun“.

La Chambre de Commerce propose que le terme „chacun“ soit remplacé par „toute personne intéressée“.

Concernant l'article 92

L'article 167 est complété par les termes „qui ont accordé aux actionnaires des avances“, mais avec la limitation que „Ne sont pas visées à l'alinéa précédent les opérations d'avances aux actionnaires lorsque ces opérations entrent dans l'objet de la société et constituent des opérations courantes conclues à des conditions normales.“

La Chambre de Commerce s'interroge sur le maintien de cette disposition dans le projet de loi. En effet, l'application de l'arsenal juridique existant permet déjà de sanctionner des pratiques abusives ce que le Conseil d'Etat a d'ailleurs précisé dans son avis du 11 novembre 2003 sur le projet de loi n° 5157 précité, ces sanctions étant (i) les condamnations prévues dans le Code de commerce en cas d'abus de bien sociaux et (ii) le redressement de la base imposable par le fisc lorsque des transactions ne sont pas réalisées à des conditions de prix normales.

Par ailleurs, les filiales de groupes internationaux ont établi des sociétés à Luxembourg et des avances à des sociétés du groupe sont pratique courante. La limitation introduite dans le projet de loi est dès lors assez vague considérant par ailleurs que l'objet social des sociétés prévoit presque toujours un paragraphe général prévoyant que „La société pourra prêter des fonds, y compris ceux résultant d'emprunts et/ou d'émissions d'obligations, à ses filiales, sociétés affiliées et à toute autre société.“, d'une part, et que la référence à „des opérations courantes“ est un terme assez imprécis et peut amener à des interprétations différentes, d'autre part.

Concernant l'article 95

L'article 95 du projet de loi modifie le 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 interprétait 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 („*schuldhaftige Verletzung*“ aux termes du paragraphe 109 AO)⁴⁵.

Les tribunaux exigent ainsi pour la mise en oeuvre 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 par le présent projet de loi du terme „*schuldhaftige*“ 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*“).

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'automaticité 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

⁴⁵ Tribunal administratif 31/05/1999 n° 10808 du rôle

preuve d'un caractère pénal prononcé, ou à tout le moins injustement pénalisant, en ce que l'automatisme qui en découle occulte complètement la notion de faute individuelle.

La Chambre de Commerce est par conséquent d'avis que le présent article doit être retiré du projet de loi alors que le régime d'automatisme de responsabilité du dirigeant de société instauré par les dispositions cumulées des articles 86 (30) et 95 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).

Concernant l'article 99

L'article 99 du projet de loi prévoit l'entrée en vigueur de la loi le premier jour du troisième mois suivant sa publication au Mémorial.

La Chambre de Commerce constate qu'aucune mesure transitoire particulière ne concerne les procédures de gestion contrôlée ou de concordat qui seraient en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi alors que les dispositions légales y relatives seront abrogées.

La Chambre de Commerce se demande également si un délai de trois mois suivant publication au Mémorial pour l'entrée en vigueur de la loi n'est pas prématuré compte tenu des nouveautés considérables engendrées par la présente réforme et la probable surcharge de travail à laquelle vont devoir faire face les magistrats du tribunal de commerce.

Lors de l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2009 en Belgique de nombreux problèmes se sont en effet posés alors que les juges consulaires ont dû faire face à un surcroît important de travail concernant l'application de nouvelles procédures auxquelles ils n'étaient pas parfaitement préparés.

Dans la mesure où le tribunal de commerce est uniquement composé de magistrats professionnels et non pas de juges consulaires comme cela est le cas en Belgique, la Chambre de Commerce s'interroge si un délai plus long pour l'entrée en vigueur de la loi ne serait pas nécessaire tant pour permettre la bonne organisation du tribunal de commerce, que pour permettre la formation adéquate des magistrats qui, en tant que juristes, ne disposent pas nécessairement de l'approche économique indispensable à la bonne appréciation de la situation des commerçants qui se présenteront devant eux dans le cadre de la présente loi, ce que relève également l'exposé des motifs⁴⁶.

*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord au projet de loi que sous réserve de la prise en compte de ses remarques.

⁴⁶ Page 8 de l'exposé des motifs.

