



Sous-commission "Préservation des entreprises et Modernisation du droit de la faillite" de la Commission juridique

Procès-verbal de la réunion du 24 octobre 2016

Ordre du jour :

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions du 30 mai et du 13 juin 2016
2. 6539 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»)
- Rapporteur : Monsieur Franz Fayot
- Examen des articles
3. Divers

*

Présents : Mme Anne Brasseur remplaçant Mme Simone Beissel, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden

Mme Pascale Millim, M. Daniel Ruppert, du Ministère de la Justice

Mme Carole Closener, de l'Administration parlementaire

Excusés : Mme Simone Beissel, Mme Viviane Loschetter, M. Roy Reding

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions du 30 mai et du 13 juin 2016

Les projets de procès-verbal des réunions du 30 mai et du 13 juin 2016 sont approuvés.

- 2. 6539 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»)**

Avant de reprendre l'examen des articles, il est proposé de revenir sur la discussion concernant la dualité de juridiction.

Il est rappelé que le Conseil d'Etat a fortement critiqué le fait que la loi en projet introduit une dualité de juridiction entre, d'une part, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale pour les commerçants visés à l'article 1^{er} du Code de commerce et, d'autre part, le même tribunal mais siégeant en matière civile pour les artisans et les sociétés civiles. Le Conseil d'Etat s'est interrogé sur la plus-value d'une telle distinction et la pertinence de soumettre les artisans à la compétence des tribunaux civils. Ainsi, le Conseil d'Etat plaide pour la suppression de la dualité de juridiction dans un but de simplification en rappelant que ce motif est également mis en avant par les auteurs des derniers amendements parlementaires au projet de loi n°5730.

Toutefois, le Ministère de la Justice est plutôt réticent à l'idée de créer un tribunal de commerce, à moins de prouver la plus-value par rapport aux chambres spécialisées qui existent actuellement. Il est rappelé que, contrairement aux tribunaux de commerce belge, les juridictions commerciales luxembourgeoises (les chambres commerciales du tribunal d'arrondissement) ne comportent pas de magistrats consulaires. Par ailleurs, les juridictions consulaires étaient davantage justifiées à une époque où le commerce était principalement régi par les usages. On pouvait donc estimer que la matière était mieux maîtrisée par les commerçants. Quant à l'argument de la technicité de la matière, cet argument pourrait alors valoir pour d'autres matières, telles que la jeunesse ou les tutelles.

La discussion subséquente porte sur plusieurs points :

- Les problèmes actuels semblent être liés en partie à la surcharge des tribunaux et en partie au système d'avancement des magistrats ;
- Le projet de loi entend précisément répondre à cette problématique en soulageant les tribunaux ; ainsi le volet préventif sera entièrement hors giron judiciaire ;
- A défaut de créer un tribunal de commerce, il pourrait être envisagé de mieux individualiser une ou plusieurs sections spécifiques avec des magistrats spécialement formés. ;

Les membres de la PMCJ et les représentants du Ministère de la Justice approuvent l'idée d'organiser un échange de vues avec les magistrats afin d'écouter leurs points de vue et d'étudier des solutions pouvant améliorer le système actuel.

Par ailleurs, il pourrait être utile d'effectuer une visite auprès d'un tribunal de commerce en Belgique.

*

51) Article 574

Le Conseil d'Etat renvoie à l'avis du Parquet général qui propose de supprimer la faculté, prévue à l'article 574 du Code de commerce, pour le juge de ne pas prononcer de condamnation du banqueroutier, nonobstant la constatation que le fait de banqueroute simple est consommé, et de remplacer dans la loi actuelle le mot « pourra » par « sera » ou « est » réalisant ainsi une cohérence avec l'article 573.

L'observation relative à l'insertion d'une référence au « dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale » faite à l'endroit de l'article 573 du Code de commerce s'applique également à l'article 574.

Parquet de Luxembourg

L'article 574 serait pareillement à compléter par l'ajout « ou dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale ».

Les membres de la PMCJ décident de tenir compte de ces propositions.

Le point 51 est amendé comme suit :

« 51) L'article 574 est modifié comme suit:

« **Art. 574.** ~~Est~~ ~~Peut être~~ déclaré banqueroutier **simple**, tout commerçant **ou dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale** qui se trouve dans l'un des cas suivants:

1° s'il a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables, eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés;

2° si, ayant dérogé par contrat aux dispositions du régime matrimonial légal, il ne s'est pas conformé à l'article 69;

3° s'il n'a pas fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440; si cet aveu ne contient pas les noms de tous les associés solidaires; si, en le faisant, il n'a pas fourni les renseignements et éclaircissements exigés par l'article 441, ou si ces renseignements ou éclaircissements sont inexacts;

4° s'il s'est absenté sans l'autorisation du juge-commissaire ou si, sans empêchement légitime, il ne s'est pas rendu en personne aux convocations qui lui ont été faites par le juge-commissaire ou par les curateurs;

5° s'il n'a pas tenu les livres prescrits par l'article 9; s'il n'a pas fait l'inventaire exigé par l'article 15; si ses livres et inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou

s'ils n'offrent pas sa véritable situation active et passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude. » »

52) Article 575

Le Conseil d'Etat rappelle que l'article 575 visera la banqueroute frauduleuse.

Vu la décision de maintenir la distinction entre banqueroute simple et frauduleuse, il convient de réintroduire le terme « simple ».

Il est proposé par ailleurs de vérifier dans la législation belge le seuil de l'amende mentionné au dernier alinéa.

Le point 52 est amendé comme suit :

« 52) L'article 575 est modifié comme suit:

« **Art. 575.** Sont condamnés aux peines de la banqueroute **simple**,

1° ceux qui, dans l'intérêt du failli, ont soustrait, dissimulé ou recelé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles;

2° ceux qui ont frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en leur nom, soit par interposition de personne, des créances supposées ou exagérées;

3° le créancier qui a stipulé, soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite, ou qui a fait un traité particulier duquel résulterait, en sa faveur, un avantage à la charge de l'actif du failli;

4° le curateur qui s'est rendu coupable de malversation dans sa gestion.

Les coupables sont, en outre, condamnés à une amende égale à la valeur des avantages illégalement stipulés ou aux restitutions et dommages et intérêts dus à la masse des créanciers, et qui ne peut être moindre de « 2,5 euros ». » »

53) Article 576

Le Conseil d'Etat renvoie à son observation à l'endroit du point 51) et propose d'écrire « Est condamné aux peines de banqueroute (...) ».

Il est proposé de suivre le Conseil d'Etat.

Par ailleurs, vu la décision de maintenir la distinction entre banqueroute simple et frauduleuse, il convient de réintroduire le terme « simple ».

Partant, le point 53, sous réserve de vérifications, est amendé comme suit :

« 53) L'article 576 est modifié comme suit:

« **Art. 576.** ~~Sont~~ ~~Peuvent être~~ condamnés aux peines de la banqueroute **simple**, les dirigeants de droit ou de fait des sociétés qui n'ont pas fourni les renseignements qui leur ont été demandés, soit par le juge-commissaire, soit par les curateurs, ou qui ont donné des renseignements inexacts.

Il en est de même de ceux qui, sans empêchement légitime, ne se sont pas rendus à la convocation du juge-commissaire ou du curateur. » »

54) Abrogation Chapitre II. - De la banqueroute frauduleuse

Selon le Conseil d'Etat, il n'y a pas lieu d'abroger la banqueroute frauduleuse.

Il est proposé de suivre le Conseil d'Etat en maintenant la distinction entre banqueroute simple et frauduleuse.

Dès lors, il y a lieu de supprimer le point 54 :

54) Le chapitre II. – De la banqueroute frauduleuse est abrogé

55) Abrogation Article 577

Selon le Conseil d'Etat, il n'y a pas lieu d'abroger la banqueroute frauduleuse.

Il est proposé de suivre le Conseil d'Etat en renonçant à l'abrogation de l'article 577.

Partant, le point 55 est supprimé :

55) L'article 577 est abrogé

56) Article 578

Le Conseil d'Etat renvoie à l'avis du Parquet général qui rappelle que les modes de participation aux infractions sont prévus aux articles 66 et 67 du Code pénal et que, en vertu de l'article 100-1 de ce code, les dispositions générales du Code pénal, y compris celles relatives à la corréité et à la complicité, s'appliquent également aux infractions prévues par une loi spéciale.

Il n'est dès lors plus nécessaire de prévoir expressément dans le projet de loi sous avis que les dispositions générales du Code pénal s'appliquent également aux infractions prévues par la loi spéciale et le Conseil d'Etat suggère d'omettre l'article 578 comme étant superflu.

Le point se lira dès lors comme suit : « 53) L'article 578 est abrogé. »

Parquet de Diekirch

Il faudrait également revoir le sens et le libellé de l'article 578 du Code de commerce qui n'a été reformulé dans le projet de loi que pour tenir compte de la création d'un seul délit de banqueroute mais dont la teneur n'est plus conforme aux dispositions actuelles du Code pénal.

En effet, l'article 60 du Code pénal qui y est mentionné a trait au concours réel de délits et ne concerne pas les conditions dans lesquelles une personne pourra être considérée comme complice d'une infraction, celles-ci étant traitées à l'article 67 du Code pénal.

Par ailleurs, on voit difficilement le sens de paraphraser dans le Code de commerce des dispositions pénales univoques de droit commun figurant au Code pénal.

Il est dès lors proposé de faire abstraction de l'article 578 du Code de commerce qui n'apporte aucune plus-value à la législation pénale actuellement en vigueur.

Parquet de Luxembourg

L'article 578 qui opère un renvoi à l'article 60 de l'ancien code pénal français de l'époque de la promulgation du Code de commerce est à abroger, les délits de banqueroute frauduleuse étant soumis aux règles générales des articles 66 et 67 du Code pénal luxembourgeois qui régissent la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit.

Les membres de la PMCJ prennent note des observations du Conseil d'Etat concernant l'application des dispositions générales du Code pénal et concernant la proposition d'intégrer l'ensemble des dispositions sur la banqueroute dans le Code pénal (cf. point 61 ci-dessous).

Ils se proposent d'étudier la possibilité de transférer les articles 573 à 585 dans le Code pénal, tel que proposé par le Conseil d'Etat (points 61 à 64 de son avis, repris ci-dessous à partir de la page 7)

Ils décident par ailleurs de suivre le Conseil d'Etat en abrogeant l'article 578.

Dès lors, le point 56 est amendé comme suit :

« 56) L'article 578 est abrogé.

L'article 578 est modifié comme suit:

« Art. 578. Sont déclarés complices de banqueroutier, ceux qui, par l'un des moyens indiqués en l'article 60 du Code pénal, auront provoqué aux faits mentionnés à l'article 573, ou donné des instructions pour les commettre, et ceux qui auront, avec connaissance, aidé le banqueroutier dans les faits qui auront préparé ou facilité sa banqueroute ou dans ceux qui l'auront consommée. » »

57) Article 579

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observations.

Les membres de la PMCJ décident d'ajouter une référence à l'article 577.

Dès lors, le point 57 est amendé comme suit :

« 57) L'article 579 est modifié comme suit:

« **Art. 579.** Dans les cas prévus par les articles l'article 575 et 577, la Cour ou le tribunal saisi statuent, lors même qu'il y aurait acquittement:

1° d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits;

2° sur les dommages-intérêts qui seraient demandés et que le jugement ou l'arrêt arbitrera. Les conventions seront, en outre, déclarées nulles à l'égard de toutes personnes et même à l'égard du failli.

Le créancier est tenu de rapporter, à qui de droit, les sommes ou valeurs qu'il a reçues en vertu des conventions annulées. » »

58) Article 580

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observations.

Les membres de la PMCJ décident d'ajouter une référence à l'article 577.

Dès lors, le point 58 est amendé comme suit :

« 58) L'article 580 est modifié comme suit:

« **Art. 580.** Dans le cas où l'annulation des actes ou conventions frauduleux mentionnés aux articles à l'article 575 et 577 est poursuivie par la voie civile, l'action est portée devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale dans le ressort duquel la faillite s'est ouverte. » »

59) Article 581

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observations.

60) Abrogation de l'article 582

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observations.

61) Article 583

Le Conseil d'Etat se demande si la publication par voie d'affichage en salle d'audience est encore appropriée.

La même réflexion vaut pour l'affichage du jugement déclaratif de faillite prévu à l'article 472 du Code de commerce, qui n'est pas modifié par la loi en projet.

Selon le Parquet de Luxembourg, il serait indiqué d'abroger l'article 583, la publication et l'affichage du jugement de condamnation ne correspondant plus à aucune utilité et cette sanction n'étant appliquée pour aucune autre condamnation pénale, bien que cette peine soit énumérée à l'article 14, 6) du Code pénal dans la liste des peines correctionnelles.

En réponse à ces observations, les membres de la PMCJ renvoient à la discussion qui a eu lieu à l'occasion de l'article 479 (cf. P.V. PMCJ 17 du 26 septembre 2016, p. 17) et conviennent de supprimer le terme « affichés ».

Dès lors, le point 61 est amendé comme suit :

« 61) L'article 583 est modifié comme suit:

« **Art. 583.** Tous arrêts ou jugements de condamnation rendus en vertu des articles 573 à 575 sont ~~affichés et~~ publiés de la manière et suivant les formes établies par l'article 472, et aux frais des condamnés. »

Conseil d'Etat - points 62 à 64

Les points sous rubrique n'appellent pas d'observation quant au fond.

Le Conseil d'Etat voudrait ajouter deux considérations.

Il renvoie, d'abord, à l'avis du Parquet général qui propose une nouvelle formulation de l'article 489 du Code pénal qui incrimine la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse et invite les auteurs du projet à prendre en considération cette proposition.

D'une façon plus générale, le Conseil d'Etat se demande encore si la loi en projet ne pourrait pas servir de cadre pour intégrer l'ensemble des dispositions sur la banqueroute dans le Code pénal.

Il n'est pas de bonne technique législative de faire figurer les éléments constitutifs de l'infraction dans le Code de commerce et les peines dans le Code pénal, ceci d'autant plus que le tribunal siégeant en matière commerciale ne constate pas les éléments de la banqueroute. Au contraire, c'est le juge pénal qui examine, d'abord, l'existence de l'état de faillite, et cela sans devoir s'en tenir aux constats du juge de commerce, pour ensuite examiner les éléments constitutifs d'une banqueroute.

Le Conseil d'Etat propose par conséquent respectivement de modifier et de compléter la section première du chapitre II du titre IX du livre II du Code pénal par les dispositions suivantes :

« Art. 489. Est déclaré banqueroutier simple et puni d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 251 à 25.000 euros, tout commerçant failli qui se trouvera dans l'un des cas suivants: 1° si les dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives; 2° s'il a consommé de fortes sommes au jeu, à des opérations de pur hasard, ou à des opérations fictives de bourse ou sur marchandises; 3° si, dans l'intention de retarder sa faillite, il a fait des achats pour revendre au-dessous du cours; si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulation d'effets, et autres moyens ruineux de se procurer des fonds; 4° s'il a supposé des dépenses ou des pertes ou s'il ne justifie pas de l'existence ou de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire et des deniers, valeurs, meubles et effets,

de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement; 5° si, après la cessation de ses paiements, il a payé ou favorisé un créancier au préjudice de la masse. Les banqueroutiers simples pourront, de plus, être condamnés à l'interdiction conformément à l'article 24.

Art. 490. Est encore déclaré banqueroutier simple et puni de la même peine, tout commerçant qui se trouve dans l'un des cas suivants: 1° s'il a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables, eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés; 2° si, ayant dérogé par contrat aux dispositions du régime matrimonial légal, il ne s'est pas conformé à l'article 69; 3° s'il n'a pas fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440 du code de commerce; si cet aveu ne contient pas les noms de tous les associés solidaires; si, en le faisant, il n'a pas fourni les renseignements et éclaircissements exigés par l'article 441 du même code, ou si ces renseignements ou éclaircissements sont inexacts; 4° s'il s'est absenté sans l'autorisation du juge-commissaire ou si, sans empêchement légitime, il ne s'est pas rendu en personne aux convocations qui lui ont été faites par le juge-commissaire ou par les curateurs; 5° s'il n'a pas tenu les livres prescrits par l'article 9 du Code de commerce; s'il n'a pas fait l'inventaire exigé par l'article 15 du même code; si ses livres et inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active et passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude.

Art. 490-1. Sont condamnés aux peines de la banqueroute simple: 1° ceux qui, dans l'intérêt du failli, ont soustrait, dissimulé ou recelé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles; 2° ceux qui ont frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en leur nom, soit par interposition de personne, des créances supposées ou exagérées; 3° le créancier qui a stipulé, soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite, ou qui a fait un traité particulier duquel résulterait, en sa faveur, un avantage à la charge de l'actif du failli; 4° le curateur qui s'est rendu coupable de malversation dans sa gestion.

Art. 490-2. Sont condamnés aux peines de la banqueroute simple, les gérants de droit ou de fait des sociétés qui n'ont pas fourni les renseignements qui leur ont été demandés, soit par le juge-commissaire, soit par les curateurs, ou qui ont donné des renseignements inexacts. Il en est de même de ceux qui, sans empêchement légitime, ne se sont pas rendus à la convocation du juge-commissaire ou du curateur.

Art. 490-3. Est déclaré banqueroutier frauduleux et condamné à un emprisonnement de 6 mois à 5 ans et d'une amende de 500 à 50.000 euros, tout commerçant failli qui se trouvera dans l'un des cas suivants: 1° s'il a soustrait en tout ou en partie les livres ou documents comptables visés aux articles 9, 14 et 15 du Code de commerce, ou s'il en a frauduleusement enlevé, effacé ou altéré le contenu; 2° s'il a détourné ou dissimulé une partie de son actif; 3° si, dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, il s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas. »

Ces dispositions consistent pour l'essentiel en une reprise des articles 573 à 576 du Code de commerce, tels que modifiés par le projet de loi sous examen, à la suite des observations formulées par le Conseil d'Etat, d'un côté, et de l'article 489 du Code pénal, de l'autre, et ne nécessitent par conséquent guère de commentaires particuliers.

A noter que l'article 578 du Code de commerce n'a pas été repris dans cette proposition, étant donné qu'il devient superfétatoire du chef de la reprise de l'infraction de banqueroute frauduleuse au Code pénal (voir point 56) ci-dessus).

Il y aurait cependant encore lieu de reprendre au Code pénal les dispositions figurant actuellement aux articles 579 à 585 du Code de commerce, en les modifiant par le remplacement des références aux articles du Code de commerce y indiquées par les dispositions correspondantes introduites au Code pénal en vertu de ce qui précède et en y insérant les modifications prévues aux points 57) à 61) du projet sous examen, sauf pour ce

qui est de l'actuel article 582 du Code de commerce, qui vise les recours du Trésor public en cas de concordat, et qui suivra le sort de cette institution (voir point 60) ci-dessus).

Si les auteurs du projet de loi sous examen devaient suivre la proposition du Conseil d'Etat, un certain nombre d'autres modifications devraient encore être opérées.

Plus précisément: 1) l'article 490 actuel du Code pénal devrait être renuméroté et deviendrait l'article 490-4 du même code; 2) l'article 438 du Code de commerce pourrait être abrogé en ce qu'il fait référence aux notions de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse, qui ne figureraient cependant plus au dit code; 3) l'article 87 du projet sous examen deviendrait superfétatoire; et, finalement, 4) si la proposition du Conseil d'Etat était retenue, il y aurait lieu de modifier en conséquence l'intitulé du projet sous examen.

Le Parquet de Diekirch (idem Parquet de Luxembourg) estime, par contre, que les dispositions proposées à l'article 489 du Code pénal, qui tendent à ramener le taux des peines prévues pour les faits qui étaient jusqu'ici qualifiés de banqueroute frauduleuse à celles qui étaient prévues en cas de condamnation du chef de banqueroute simple et de ne prévoir ainsi qu'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans pour tous les cas de banqueroute, s'avèrent inopportunes et ne sont pas justifiées par des considérations de politique pénale cohérente garantissant une répression efficace des délits de nature à porter gravement atteinte aux intérêts légitimes des créanciers préjudiciés par les agissements frauduleux de banqueroutiers.

En effet, les peines qui devaient jusqu'ici être appliquées par les juridictions répressives après la décriminalisation d'un crime de banqueroute frauduleuse devraient rester inchangées en vue de garder un certain parallélisme notamment avec les maxima des peines d'emprisonnement prévus pour d'autres détournements frauduleux tels que les abus de biens sociaux et les vols.

L'abaissement du taux des peines prévu à l'article 489 du Code pénal ne paraît ainsi pas justifié et n'est par ailleurs commenté à aucun endroit de l'exposé des motifs du projet de loi. En appliquant la législation actuellement en vigueur, les juges correctionnels pouvaient, en cas de condamnation du chef de banqueroute frauduleuse, prononcer en outre une amende à charge d'un prévenu. L'article 77 du Code pénal prévoyant que « les coupables dont la peine criminelle a été commuée en un emprisonnement peuvent être condamnés à une amende de 251 euros à 10.000 euros ».

Il est proposé de maintenir la faculté pour les juges de prononcer une amende et de fixer cette amende, à l'instar des dispositions énoncées à l'article 67 du projet de loi, en cas de condamnation du commerçant failli qui se trouve dans l'un des cas de faute grave prévus par le chapitre II du titre II du Code de commerce, à une somme de 251 euros à 125.000 euros.

Il est encore difficilement compréhensible pourquoi les juges de fond, en cas de condamnation d'un commerçant du chef d'une faute grave prévue au chapitre I du titre II du Code de commerce, devraient prononcer soit une peine d'emprisonnement, soit par application de l'article 20 du Code pénal une amende à charge d'un prévenu et ne pourraient pas cumuler les deux peines, comme tel est le cas pour la plupart des infractions pénales qui prévoient la condamnation de l'auteur qui a commis un délit à une peine d'emprisonnement et à une amende ou à l'une de ces peines seulement.

Reste enfin à poser la question s'il ne serait pas opportun de faire figurer dans l'article 489 du Code pénal les dispositions de l'article 444-1 du Code de commerce où il est prévu que « *le tribunal de commerce qui a prononcé la faillite ou, en cas de faillite prononcée à l'étranger, le tribunal de commerce de Luxembourg, peuvent prononcer à l'encontre de ces personnes l'interdiction d'exercer directement ou par personne interposée une activité commerciale ainsi qu'une fonction d'administrateur, de gérant, de commissaire aux comptes, de réviseur d'entreprises ou toute fonction conférant le pouvoir d'engager une société. L'interdiction est obligatoirement prononcée contre celui qui est condamné pour banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse* ».

En effet, cette condamnation devrait plutôt être prononcée par le juge pénal, qui retient le délit de banqueroute, que par le juge qui statue en matière commerciale. Au cas où une telle solution serait envisagée, il faudrait modifier l'article 14, point 7 du Code pénal pour faire figurer cette sanction pénale parmi les peines correctionnelles prévues par la loi.

Le texte de l'article 489 du Code pénal pourrait dès lors être conçu comme suit :

« Ceux qui, dans les cas prévus par le Code de commerce, seront déclarés coupables de banqueroute seront condamnés : Lorsque le commerçant failli ou le dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale en faillite se trouve dans l'un des cas de faute grave prévus par le chapitre I du titre II ci-après, à un emprisonnement d'un mois à deux ans et à une amende de 251 euros à 10.000 euros ou à l'une de ces peines. Lorsque le commerçant failli ou le dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale en faillite se trouve dans l'un des cas de faute grave prévus par le chapitre II du titre II ci-après à un emprisonnement de trois mois à cinq ans et à une amende de 251 euros à 125.000 euros ou à l'une de ces peines. Les banqueroutiers pourront, de plus, être condamnés à l'interdiction conformément à l'article 24 ainsi qu'à l'interdiction d'exercer directement ou par personne interposée une activité commerciale ainsi qu'une fonction d'administrateur, de gérant, de commissaire aux comptes, de réviseur d'entreprises ou toute fonction conférant le pouvoir d'engager une société. L'interdiction est obligatoirement prononcée contre celui qui est condamné pour banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse. »

En réponse à l'observation du Conseil d'Etat concernant la technique législative et la proposition de transférer l'ensemble des dispositions sur la banqueroute dans le Code pénal, il est proposé d'étudier la question et d'y revenir ultérieurement.

Il est également proposé d'étudier avec le Ministère de l'Economie la proposition faite par le Parquet de faire figurer dans l'article 489 du Code pénal les dispositions de l'article 444-1 du Code de commerce.

62) Article 584

Vu la décision de maintenir la distinction entre banqueroute simple et frauduleuse, il est proposé de compléter la disposition en y ajoutant les termes « simple ou frauduleuse ».

Dès lors, le point 62 est amendé comme suit :

« 62) L'article 584 est modifié comme suit:

« **Art. 584.** Dans tous les cas de poursuite et de condamnation pour banqueroute **simple ou frauduleuse**, les actions civiles, autres que celles ~~dont il est parlé~~ **mentionnées** à l'article 579, restent séparées, et toutes les dispositions relatives aux biens prescrites pour la faillite, sont exécutées, sans qu'elles puissent être attribuées ni évoquées aux tribunaux de police et tribunaux correctionnels. » »

63) Article 591

Vu la décision de maintenir la distinction entre banqueroute simple et frauduleuse, il est proposé de maintenir la terminologie actuelle de « banqueroutiers frauduleux » et de « banqueroutier simple ».

Dès lors, le point 63 est amendé comme suit :

« 63) L'article 591 est modifié comme suit:

« **Art. 591.** Ne sont point admis à la réhabilitation, **les banqueroutiers frauduleux**, les personnes condamnées pour vol, faux, concussion, escroquerie ou abus de confiance, les stellionataires, dépositaires, tuteurs, administrateurs ou autres

comptables qui n'ont pas rendu et soldé leurs comptes.
Peut être admis à la réhabilitation, le banqueroutier **simple** qui a subi la peine à laquelle il a été condamné. » »

64) Le titre IV est abrogé

Sans observations.

TITRE 4 – Dispositions modificatives

En réponse à l'observation du Conseil d'Etat, il est proposé de modifier l'intitulé du titre 4 comme suit :

« TITRE 4 - Dispositions **diverses et** modificatives »

Article 87

Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat renvoie à la proposition de texte qu'il a faite concernant l'article 86, points 61) à 64).

S'il est décidé de suivre le Conseil d'Etat en transférant les dispositions sur la banqueroute dans le Code pénal, cet article devra être adapté. En attendant de prendre une décision sur ce point, il est proposé de mettre l'article 87 en suspens.

Article 88

Conseil d'Etat

L'article sous rubrique modifie l'article 97 de la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre.

Il s'agit de la reprise de l'article 5 du projet de loi n° 5157 que le Conseil d'Etat avait avisé favorablement dans son avis du 11 novembre 2003.

L'article sous examen ne fait qu'ajouter le secrétariat du Comité de conjoncture à la Chambre de Commerce et à la Chambre des Métiers, auxquelles le tableau mensuel des protêts des lettres de change acceptées et des billets à ordre est communiqué.

CNPD

L'article 88 du texte sous examen vise à remanier le texte actuel de l'article 97 de la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre. Ledit article 97 prévoit notamment que les receveurs de l'Administration de l'enregistrement dressent chaque mois un tableau des protêts des lettres de change et des billets à ordre, tableau qui contiendra notamment les nom, prénoms, profession et domicile du souscripteur/accepteur et de sa contrepartie, donc des données à caractère personnel. Ce tableau est envoyé au président du tribunal de commerce dans le ressort duquel le protêt a été fait et est déposé aux greffes de ces tribunaux. Il y est également précisé que ce tableau est accessible au greffe et à toute personne qui en fait la demande.

Or, avec l'entrée en vigueur de la loi modifiée du 2 août 2002, les greffes ont cessé de diffuser cette liste, « car cette pratique ne trouvait pas de base légale si ce n'est une référence à l'article 97 (...) qui prévoit pour le public la possibilité de consulter la liste auprès du greffe des tribunaux d'arrondissement ».

L'article 88 envisage de rajouter à la liste des destinataires du tableau des protêts (i) le secrétariat du Comité de conjoncture, (ii) la Chambre de Commerce ainsi que (iii) la Chambre des Métiers.

A ce titre, la Commission nationale note que le Conseil d'Etat, dans le cadre du projet de loi n° 5157, avait déjà adressé cette problématique et avait approuvé « le fait de donner une base légale certaine à cette distribution de données sensibles ».

Le projet de loi n° 5157 a cependant été retiré du rôle de la Chambre des Députés.

La CNPD fait sienne les remarques du Conseil d'Etat précités, qui peuvent être transposées telles quelles à l'article 88 du projet de loi.

En effet, cet article reprend quasi intégralement le texte tel qu'il avait été proposé dans le projet de loi n° 5157.

L'introduction de cette base légale va effectivement augmenter la sécurité juridique pour toutes les parties impliquées. Elle comprend cependant aussi le risque de stigmatisation ou de mise au pilori des débiteurs et plus particulièrement des commerçants exerçant en leur nom personnel.

Dans un souci d'équilibre et de mise en balance des intérêts respectifs en cause, à savoir le risque de divulgation d'informations sensibles relatives aux débiteurs, d'une part, et l'intérêt des personnes morales ou physiques à vouloir se protéger contre des entreprises en difficulté, d'autre part, la Commission nationale accueille favorablement la modalité de publication limitée, dans la mesure où les intéressés doivent se déplacer pour prendre connaissance de la liste des protêts auprès des greffes des tribunaux.

Dès lors, la CNPD suggère de rajouter en fin de phrase du dernier paragraphe de l'article 88 les termes « sur place », pour éviter toute ambiguïté relative aux publications par d'autres moyens. En effet, une telle disposition limite la diffusion de ces données au grand public, notamment via Internet, et permet dès lors de réduire sensiblement le risque de stigmatisation de la partie défaillante, tout en maintenant le droit des parties intéressées d'être informées sur les inscriptions récentes de la liste des protêts.

Chambre de Commerce

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 ».

OEC

L'OEC est également de l'avis que corrélativement une information similaire concernant les ordonnances de paiement serait d'une grande utilité.

L'OEC s'interroge toutefois sur les modalités d'accès à ce type d'information.

Chambre des Métiers

Elle souhaiterait en outre, dans la même lignée, que lui soit également communiquée en cette matière une liste des ordonnances de référé.

En réponse à ces observations, il est rappelé que, comme l'ont soulevé à juste titre le Conseil d'Etat et la CNPD, la disposition de l'article 88 figurait initialement dans le projet de loi n°5157. Or ce projet de loi, qui a été retiré du rôle, datait de 2003, ce qui peut expliquer la formulation de la disposition qui ne paraît plus en phase avec l'ère du tout numérique. L'idée était de donner une base légale à cette distribution de données et de permettre un accès limité.

Les membres de la PMCJ discutent de l'opportunité :

- d'adapter le libellé à l'ère du numérique ;
- de permettre l'accès aux données non pas à « chacun », mais à « toute personne ayant un intérêt » ou « toute personne intéressée » ; et
- d'inclure d'autres informations (comme par exemple les poursuites ou actes d'huissiers) afin d'en faire une source utile et pertinente. Ces informations seraient accessibles dans un deuxième temps et sur « intérêt justifié ».

Il est proposé de vérifier dans la loi du 8 janvier 2013 concernant le surendettement les modalités de consultation du répertoire de surendettement et d'aligner, le cas échéant, le libellé de l'article 88 sur ces dispositions. Or, il semble que cette application est relativement peu utilisée en pratique. La seule information disponible dans le répertoire précité est en effet l'inscription des personnes concernées par la procédure de surendettement.

Il est également proposé de vérifier s'il y a lieu d'étendre cette disposition à d'autres instruments.

Article 89

Conseil d'Etat

L'article sous examen modifie les articles 13 et 14 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

Le contenu des articles 13 et 14 de ladite loi doit être complété en fonction des modifications apportées dans le cadre du projet de loi n° 6624.

En ce qui concerne l'article 13, la référence au point 4) aux jugements et arrêts d'homologation ou de résolution du concordat obtenu par le failli doit être supprimée, de sorte que ce point se lira : « 4) les jugements et arrêts déclaratifs de faillite ; (...) ».

L'article 13 doit être complété pour y ajouter les jugements ordonnant le transfert sous autorité de justice.

Ordre des avocats

L'Ordre des avocats note que l'article 13 de cette loi ferait toujours référence, en son point 4), aux jugements en matière de concordat. Une telle référence semble superflue au vu de l'abrogation du chapitre relatif au concordat dans le livre III du Code de commerce ainsi que de la loi du 14 avril 1886 concernant le concordat préventif de la faillite.

En réponse à ces observations, il est proposé de supprimer le point 4. Par ailleurs, au point 12, il convient de remplacer la référence au « règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité » par celle au « règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité ». Enfin, comme l'a noté le Conseil d'Etat, l'article 13 doit être complété pour y ajouter les jugements ordonnant le transfert sous autorité de justice. L'endroit exact sera déterminé ultérieurement.

Par conséquent, l'article 89 est amendé comme suit :

« **Art. 89.** Les articles 13 et 14 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises sont modifiés comme suit:

« **Art. 13.** Sont également à inscrire au registre de commerce et des sociétés, sous forme d'extraits:

- 1) le contrat de mariage et les changements apportés au régime matrimonial d'un commerçant personne physique;
- 2) la décision judiciaire irrévocable prévue à l'article 223 du Code civil interdisant à un époux le droit d'exercer un commerce ou une profession ou industrie de nature commerciale, ainsi que l'opposition faite par un époux conformément à l'article 223, alinéa 4 du Code civil et la décision rendue sur cette opposition par le président siégeant en référé;
- 3) les décisions judiciaires concernant les commerçants personnes physiques et portant ouverture d'une tutelle ou d'une curatelle, les décisions judiciaires irrévocables

ordonnant la mainlevée de ces mesures; les décisions judiciaires prononçant le divorce, la séparation de corps ou de biens; celles admettant le débiteur au bénéfice de la cession;

~~4) les jugements et arrêts déclaratifs de faillite, d'homologation ou de résolution du concordat obtenu par le failli;~~

~~45) les arrêts portant réhabilitation du failli;~~

~~56) les décisions judiciaires concernant la procédure de réorganisation judiciaire;~~

~~67) les décisions judiciaires prononçant la dissolution, ordonnant la liquidation d'une société, d'un groupement d'intérêt économique, d'un groupement européen d'intérêt économique et des autres personnes morales immatriculées et portant nomination d'un liquidateur;~~

~~78) les décisions judiciaires prononçant la fermeture d'un établissement au Grand-Duché de Luxembourg d'une société étrangère;~~

~~89) les décisions judiciaires prononçant une interdiction conformément à l'article 444-1 du Code de commerce;~~

~~940) les décisions judiciaires portant nomination d'un administrateur provisoire;~~

~~1044) les décisions de liquidation volontaire;~~

~~1142) les décisions judiciaires émanant d'autorités judiciaires étrangères en matière de faillite, concordat ou autre procédure analogue conformément au règlement (UE) 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.~~

Art. 14. Les inscriptions prévues à l'article 13 sont à faire à la diligence:

a) du notaire instrumentant dans le cas prévu sous 1);

b) des greffiers respectifs dans les cas prévus sous 2) à ~~940~~);

c) de l'organe ayant désigné le ou les liquidateurs dans le cas prévu sous ~~1044~~);

d) des syndics ou de toute autorité habilitée dans le cas prévu sous ~~1142~~).

Les inscriptions comprennent les nom, prénoms, date et lieu de naissance, ou, s'il s'agit d'une personne morale, la dénomination ou la raison sociale des tuteurs, curateurs, commissaires à la gestion contrôlée, liquidateurs et syndics ainsi que l'étendue de leurs pouvoirs. »

Articles 90 et 91

Conseil d'Etat

Les modifications apportées par les articles sous examen respectivement à la loi du 23 juillet 1991 ayant pour objet de réglementer les activités de sous-traitance et la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière n'appellent pas d'observation.

Par conséquent, ces articles sont maintenus.

Article 92 (à omettre, selon le Conseil d'Etat)

Conseil d'Etat

L'article sous examen modifie l'article 167 de la loi précitée du 10 août 1915 afin de punir d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 5.000 à 125.000 euros, ou de l'une de ces peines seulement, les administrateurs ou gérants qui ont accordé des avances aux actionnaires.

Un nouvel alinéa 2 ajoute que « *ne sont pas visées (...) les opérations d'avance aux actionnaires lorsque ces opérations entrent dans l'objet de la société et constituent des opérations courantes conclues à des conditions normales* ».

Si elle intervient dans le respect de l'intérêt social, sur quoi les administrateurs sont responsables civilement, voire même pénalement au cas où l'opération constitue un abus de

biens sociaux (article 171-1 de la loi modifiée du 10 août 1915), une avance aux actionnaires ne devrait pas être punissable en tant que telle.

Le cadre juridique actuel permet donc de sanctionner des opérations répréhensibles.

D'ailleurs, les auteurs du projet de loi n'indiquent pas ce qu'il faut entendre par « avance ».

Comprise dans l'article 167 qui vise la distribution de dividendes qui ne sont pas prélevés sur des bénéficiaires réels, est-ce qu'il faut interpréter ce terme d'« avance » comme une avance sur des dividendes qui seront distribués ultérieurement ? Ou est-ce que n'importe quel prêt consenti à un actionnaire est également visé ?

En fin de compte, par rapport à quoi le terme d'« avance » doit-il être apprécié ?

En ce qui concerne l'exclusion opérée par l'alinéa 2 des avances aux actionnaires qui, d'une part, entrent dans l'objet de la société, ce qui est l'évidence même, et, d'autre part, « constituent des opérations courantes conclues à des conditions normales », le Conseil d'Etat rappelle le dernier alinéa de l'article 57 à propos des conflits d'intérêts.

Une avance aux actionnaires n'est cependant pas assimilable à une transaction au sujet de laquelle un administrateur a un conflit d'intérêts.

Est-ce qu'une banque pourrait encore accorder à ses salariés des prêts à des conditions privilégiées lorsque ces salariés sont également actionnaires dans le cadre d'un plan d'intéressement du salariat ?

Le commentaire des articles justifie l'exception prévue à l'alinéa 2 par référence aux « sociétés qui ont une activité de financement des sociétés du groupe » et « pour les rares banques qui dans le cadre de leur activité font des prêts à leurs actionnaires ».

D'une part, il convient de s'interroger sur la notion d'activité de financement de sociétés du groupe, « ce qui comprend éventuellement leurs actionnaires ».

Est-ce que le fait d'avoir dans le groupe de sociétés une société de droit luxembourgeois qui aura participé au financement interne d'une acquisition, comme dans nombre de structures impliquant une société luxembourgeoise, remplit la situation décrite par les auteurs du projet de loi ?

D'autre part, des prêts consentis par des établissements de crédit à des personnes, qui sont également leurs actionnaires, ne peuvent être assimilés à des avances, surtout que l'article 167, du fait de son caractère pénal, est d'interprétation stricte.

Pour ces raisons et en ce que l'article 167 actuel de la loi précitée du 10 août 1915 est exhaustif et couvre tous les cas de figure, le Conseil d'Etat demande que la disposition sous rubrique soit supprimée.

Il convient également de modifier l'article 257, alinéa 2, et l'article 285, alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 précitée afin d'y supprimer la référence à la procédure de concordat et d'y intégrer celle de la réorganisation judiciaire.

Ordre des avocats

Comme il est indiqué dans le commentaire des articles, l'exonération vise essentiellement les sociétés de financement de groupe, mais mêmes pour celles-ci on peut penser qu'il y aurait un risque dans la mesure où les termes utilisés dans le projet de loi (opérations courantes, conditions normales) sont vagues et dès lors sujets à interprétation.

De façon plus générale, l'Ordre des avocats s'interroge sur l'opportunité d'une interdiction de principe des avances aux actionnaires.

Elles ne sont pas par nature critiquables et peuvent s'avérer utiles en pratique, par exemple pour faire remonter rapidement des fonds vers les actionnaires en anticipation d'un paiement de dividendes.

Comme toutes les opérations d'une société, elles ne peuvent évidemment être effectuées que si les dirigeants, sous leur responsabilité civile, considèrent que leur société y a intérêt et qu'elles ne constituent pas un abus de biens sociaux, qui est un délit pénal.

Le dispositif législatif existant semble donc suffisant pour garantir la bonne utilisation des avances aux actionnaires et sanctionner celles qui sont répréhensibles.

L'Ordre des avocats suggère dès lors de supprimer le deuxième alinéa de l'article 167 de la loi sur les sociétés commerciales tel que proposé à l'article 92 du projet de loi.

OEC

L'approche choisie, à savoir l'interdiction des avances aux actionnaires sauf conditions spécifiques, apparaît à l'OEC comme trop restrictive et n'est, selon l'OEC, pas indispensable pour lutter contre les abus.

L'article 167 est complété par « (...) 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 ».

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.

Ces sanctions sont : – les condamnations prévues à l'article 171-1 de la loi commerciale du 10 août 1915, en cas d'abus de bien sociaux ; – les dispositions de la circulaire LIR 164/1 du 23 mars 1998 en ce qui concerne le taux d'intérêt en relation avec les comptes courants débiteurs d'associés ou d'actionnaires de collectivités soumises à l'impôt sur le revenu des collectivités ; – les dispositions de la circulaire LIR 164/2 du 28 janvier 2011 relative au traitement fiscal des sociétés exerçant des transactions de financement intra-groupe ; – la possibilité de redressement de la base imposable par les autorités fiscales lorsque des transactions ne sont pas réalisées à des conditions normales de marché. Par ailleurs, des filiales de groupes internationaux ont établi des sociétés à Luxembourg et des avances à des sociétés du groupe sont pratique courante.

De plus, la tolérance introduite dans le projet de loi est subordonnée à des conditions insuffisamment définies, considérant que l'objet social des sociétés prévoit presque toujours un paragraphe général du type « 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. » et que la référence à « des opérations courantes » est un terme assez imprécis et peut amener à des interprétations différentes. Dès lors, l'OEC est d'avis que cette modification doit être retirée du projet de loi.

Chambre de Commerce

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 biens 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.

Chambre des Métiers

Si elle avait tendance à être contre le principe d'interdiction, la Chambre des Métiers approuve néanmoins la disposition envisagée dans la mesure où elle est tempérée, puisqu'il est précisé que sont autorisées « les opérations d'avance aux actionnaires lorsque ces opérations entrent dans l'objet de la société et constituent des opérations courantes conclues à des conditions normales ».

Les membres de la PMCJ décident de suivre le Conseil d'Etat, dont l'argumentation est reprise en partie par l'OEC et la Chambre de Commerce, et proposent de supprimer l'article 92 :

~~Art. 92. L'article 167 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifié comme suit:~~

~~„Sont punis de la même peine, les gérants ou administrateurs qui ont accordé aux actionnaires des avances ou qui, en l'absence d'inventaires, malgré les inventaires au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré la répartition aux actionnaires de dividendes ou d'intérêts non prélevés sur les bénéfices réels ainsi que les administrateurs qui contreviennent aux dispositions de l'article 72 2.~~

~~Ne sont pas visés à l'alinéa précédent les opérations d'avance aux actionnaires lorsque ces opérations entrent dans l'objet de la société et constituent des opérations courantes conclues à des conditions normales.“~~

Article 93

Conseil d'Etat

S'agissant d'une exception aux articles 25 et suivants de la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat, le Conseil d'Etat recommande d'insérer le dispositif de l'article 93 dans cette loi du 8 juin 1999 afin que les dispositions relatives à la responsabilité personnelle desdits receveurs soient regroupées dans un unique corps législatif au lieu de se trouver dans des textes épars. L'intitulé du projet de loi devra être adapté en conséquence.

Si la Chambre des Députés devait maintenir le contenu de l'article sous examen et ne pas l'intégrer dans une disposition modifiant la loi précitée du 8 juin 1999, l'article 93 ne serait pas une disposition modificative, mais une disposition autonome qui ne pourrait figurer dans le titre regroupant les dispositions modificatives.

La numérotation subséquente des articles s'opérera en fonction de la structure des articles adoptée.

Chambre des fonctionnaires et employés publics

A ce sujet, la Chambre des fonctionnaires et employés publics approuve le fait que le projet prévoit en ses articles 93 et 94 une décharge des fonctionnaires des administrations fiscales, d'une part, de la responsabilité du recouvrement des créances fiscales n'ayant pas pu être recouvrées suite à l'application des dispositions du projet de loi, et, d'autre part, de leur obligation relative au secret fiscal portant sur les informations échangées dans le cadre des dispositions du projet de loi.

Tout en approuvant ces dispositions, la Chambre des fonctionnaires et employés publics tient cependant à souligner que les décharges massives effectuées au cours des dernières années constituent un véritable problème pour le budget de l'Etat. Pour bien illustrer l'ampleur des décharges de créances fiscales irrécouvrables, la Chambre des fonctionnaires et employés publics se réfère aux rapports d'activité de l'ACD et de l'AED :

ACD	2011	2012	2013
Total décharge			
Toutes catégories d'impôts	5.235.409,60	6.856.025,23	44.687.822,65
Dont RTS	1.168.284,08	1.871.809,50	8.042.484,85
AED	2011	2012	2013
Décharges TVA	92.842.636,66	105.482.389,94	77.318.778,09

Sous les tableaux de ces montants irrécouvrables se trouve la remarque suivante :

« Environ 95% de ces demandes de décharge concernent des sociétés dont les opérations de faillite respectivement de liquidation ont été clôturées pour insuffisance d'actifs ». Concernant plus spécialement la retenue sur traitements et salaires (RTS), le manque à gagner pour l'Etat est plus élevé que les montants déchargés, étant donné qu'une bonne

partie de cette retenue est remboursée aux salariés (décompte annuel ou imposition par voie d'assiette), alors qu'elle n'a jamais été versée à l'Etat par les entreprises en défaut de paiement.

A l'égard de l'enjeu budgétaire du millier de faillites par an, la Chambre des fonctionnaires et employés publics ne peut qu'exhorter le Gouvernement à mettre en place un cadre légal qui tient la route.

Les procédures administratives de la conciliation et surtout de la réorganisation par accord amiable ne doivent pas aller au détriment du volet répressif à l'encontre des dirigeants irresponsables qui se sont adonnés à l'abus de biens sociaux, à l'escroquerie et au détournement de fonds.

Toujours est-il qu'une bonne partie des faillites prononcées, surtout les grandes et fracassantes, ne sont pas dues à la conjoncture économique, mais aux erreurs et malversations des dirigeants d'entreprise. A carnets de commandes bien remplis, ils réussissent à balancer dans le gouffre des entreprises progressivement dépouillées de leur substance par le détournement des biens sociaux.

Du jour au lendemain, le curateur constatera bouche bée le défaut d'actif rendant impossible d'indemniser l'Etat et tout autre créancier. Pour la plupart des faillites, il n'est donc pas indiqué de choyer leurs « auteurs », trop souvent fautifs, et de charger le manque à gagner de l'Etat sur le dos du contribuable.

Sous la réserve des remarques et recommandations qui précèdent, la Chambre des fonctionnaires et employés publics se déclare d'accord avec le projet de loi lui soumis pour avis.

Il est proposé de revenir à l'article 93 après vérifications avec les administrations fiscales.

Article 94

Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat renvoie à cet égard à ses observations à l'endroit de l'article 8 du projet de loi. L'article 94 est une disposition autonome qui n'a pas sa place parmi le titre 4 (titre 3 selon le Conseil d'Etat) du projet de loi, consacré aux dispositions modificatives.

En réponse à cette observation, il est proposé de déplacer l'article 94 au début du Titre 4 dont l'intitulé est désormais « Dispositions diverses et modificatives » (cf. supra).

Article 95

Conseil d'Etat

Pour les auteurs du projet de loi, la suppression du terme « schuldhafte » au paragraphe 109(1) de l'Abgabenordnung « *a pour objet de faciliter la mise en œuvre de la responsabilité du représentant d'une société en cas d'insuffisance de l'impôt payé par rapport à l'impôt légalement dû* ».

La suppression de ce terme met en place une responsabilité sans faute. Les dirigeants de sociétés risquent donc d'être tenus pour personnellement responsables dès qu'il y aura insuffisance de l'impôt payé par rapport à ce que la société aurait dû payer, sans qu'il faille prouver une faute dans le chef du dirigeant en question.

Ce type de responsabilité est particulièrement sévère et ne se justifie pas par rapport aux autres hypothèses où la responsabilité des dirigeants de sociétés peut être engagée.

Le Conseil d'Etat note que les auteurs ne fournissent pas la moindre justification concernant ce changement. Il partage les réticences relevées dans les avis du Conseil de l'ordre du Barreau de Luxembourg et de la Chambre de Commerce et demande à ce que la modification proposée soit supprimée.

L'article 95 n'a pas sa place sous le titre 4 (3, selon le Conseil d'Etat) du projet de loi consacré aux dispositions modificatives, en ce qu'il s'agit pas d'une disposition autonome.

Ordre des avocats

La modification proposée, la suppression du terme « schuldhafte » au paragraphe 109(1) de l'Abgabenordnung (AO), s'inscrit dans la même logique que d'autres dispositions du projet de loi qui visent à élargir le champ de la responsabilité des dirigeants et représentants de sociétés.

Cependant, le projet de loi ici va encore plus loin, puisqu'il est proposé de remplacer un régime de responsabilité de droit commun pour faute par le régime exceptionnel de la responsabilité de plein droit, donc sans faute.

Jusqu'à présent, la jurisprudence considérait sur base du paragraphe 109(1) AO que la seule constatation d'un défaut matériel d'absence de comportement conforme à la loi fiscale ne suffisait pas à établir la responsabilité du dirigeant et qu'un tel défaut n'était donc pas en soi constitutif d'une faute. Il incombait au demandeur de démontrer le caractère fautif du comportement du représentant de la société.

Si la modification proposée par les auteurs du projet de loi devait être adoptée, tout dirigeant qui aurait méconnu les obligations fiscales visées au paragraphe 109(1) AO pourrait être tenu personnellement responsable de l'insuffisance de l'impôt payé par la société par rapport à l'impôt dû et condamné au paiement du moins-perçu, qu'il ait commis une faute ou non.

Comme l'Ordre des avocats a déjà eu l'occasion de le relever dans le cadre du présent avis, cette sévérité envers les dirigeants d'entreprise, dont fait preuve à certains égards le projet de loi, paraît peu compatible avec l'objectif déclaré du Gouvernement de relancer l'entrepreneuriat au Luxembourg. Il est dès lors proposé de supprimer l'article 95 du projet de loi et de laisser le texte de la loi générale des impôts en l'état.

Chambre de Commerce

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 (« schuldhafte Verletzung », aux termes du paragraphe 109 AO).

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

La suppression par le présent projet de loi du terme « schuldhafte » 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 preuve d'un caractère pénal prononcé, ou à tout le moins injustement pénalisant, en ce que l'automaticité 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'automaticité 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, en tout cas pour ce qui est du volet réparateur (seconde chance).

OEC

Concernant l'article 95 modifiant l'article 1^{er} § 109 alinéa 1^{er} de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (ci-après « la LGI ») portant sur la mise en œuvre de la responsabilité du représentant d'une société en cas d'insuffisance de l'impôt payé par rapport à l'impôt légalement dû et supprimant le terme « schuldhafte », l'OEC est d'avis que cette modification doit être retirée, car la suppression de la référence à une faute peut entraîner une pénalisation des représentants de sociétés pour des faits qui ne leur sont pas directement imputables.

Cette disposition risque de fortement réduire l'attrait pour une personne de s'engager dans la gestion d'une société et freinera donc l'entrepreneuriat. A titre d'illustration de cette prise de position, il est à noter que :

- la loi concernant l'impôt sur le revenu n'impose pas au bureau d'imposition de délai pour émettre un bulletin d'imposition. La seule contrainte est le délai de prescription de 5 ans. Les impôts sont dus à la date de paiement mentionnée sur le bulletin d'imposition et le § 100 LGI a introduit la notion de l'imposition sur déclaration qui accorde à l'administration un délai de 5 ans pour examiner le dossier, ce délai pouvant être prolongé dans certains cas de figure ;
- si pour une entreprise l'environnement économique s'est dramatiquement dégradé et que le représentant de l'entreprise se voit obligé de déclarer la faillite avant l'émission du bulletin d'imposition, il serait personnellement responsable du paiement de la dette d'impôt au cas où la créance resterait totalement ou partiellement impayée par la suite ;
- si un nouveau gérant de la société est nommé après la remise de la déclaration fiscale par son prédécesseur, le gérant en fonction à la date d'émission du bulletin d'imposition serait personnellement responsable des dettes fiscales. Il conviendrait d'envisager également l'impact au cas où il y aurait plus qu'un gérant ;
- l'introduction du principe de l'imposition sur déclaration avec les incertitudes qui en découlent impacte déjà aujourd'hui négativement le liquidateur d'une société dans la manière de gérer la clôture de la liquidation et l'estimation de la charge d'impôt. Si avec la modification projetée, le liquidateur engage de facto sa responsabilité personnelle, s'il est prudent, il attendra l'échéance de tous les délais de prescription avant de clôturer la liquidation. Les frais de liquidation augmenteront de manière significative ;
- l'administrateur provisoire prévu à l'article 23 (1) du projet de loi engagerait donc aussi sa responsabilité personnelle pour toutes les dettes fiscales.

Il est proposé de mettre l'article 95 en suspens et d'y revenir après avoir consulté le Ministère des Finances et les administrations fiscales. L'article 95 sera traité avec les articles 444-1 et 495-1.

Article 96

Conseil d'Etat

L'article 96 constitue une disposition autonome et n'a pas sa place sous le titre du projet de loi consacré aux dispositions modificatives.

Ordre des avocats

Il semble utile de prévoir le transfert des pertes rattachées à l'entreprise au repreneur. Le montant de la perte à transférer doit faire partie de l'accord entre le cédant et le cessionnaire, et ce montant doit être validé par le tribunal dans son ordonnance de transfert. Il s'agit d'une exception au principe que seul celui qui a subi une perte peut effectivement la déduire, et cette exception se justifie par la valeur économique de la perte fiscale, permettant au repreneur de se prévaloir des pertes de l'entreprise transférée et ainsi à augmenter les chances de réussite du transfert.

A cette fin, l'Ordre des avocats suggère d'ajouter le texte suivant parmi les dispositions modificatives à la fin du projet de loi :

« L'article 114 (2) 3., 1^{ère} phrase, de la [loi sur l'impôt sur le revenu] est modifié comme suit : « seul celui qui a subi la perte peut l'apporter en déduction, sauf en cas de transfert sous

autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités, auquel cas le cessionnaire peut être autorisé à déduire la perte subie par l'entreprise transférée. » »

Un point 4 pourrait être rajouté : « (...) en cas de transfert sous autorité de justice, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités, conformément à la loi, le cessionnaire est autorisé à déduire la perte subie par l'entreprise transférée, à condition que ceci soit confirmé par l'ordonnance du tribunal, ordonnant le transfert, conformément à l'article 54 (1) de la loi. »

Il n'est pas nécessaire d'insérer d'autres dispositions fiscales quant au transfert sous autorité de justice de tout ou partie d'une entreprise, dans la mesure où les règles de droit commun doivent s'appliquer à un tel transfert, notamment en ce qui concerne le droit d'enregistrement et la TVA (transfert neutre de l'universalité totale ou partielle des biens à un autre assujetti).

Suite à l'observation du Conseil d'Etat, il est proposé de déplacer l'article 96 au début du Titre 4, dont l'intitulé est désormais « Dispositions diverses et modificatives » (cf. supra).

Article 97

Ordre des avocats

Il y aura lieu de supprimer la référence aux régimes (abrogés) de la gestion contrôlée et de concordat préventif (et à la fonction de commissaire en tant que syndic) dans le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

Les annexes A, B et C du Règlement devront être complétées, à l'instar du droit belge, par un renvoi aux procédures de la présente loi.

En ce qui concerne le droit belge, sont notamment visés : – à l'annexe A (procédures d'insolvabilité) : la réorganisation judiciaire par accord collectif et la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice ; – à l'annexe B (procédures de liquidation) : la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice ; – à l'annexe C (syndics) : le mandataire de justice.

Les membres de la PMCJ proposent par ailleurs d'ajouter la loi du 15 mars 1892 sur la procédure en débet en matière de faillite qui est également abrogée (cf. P.V. PMCJ 18 du 10 octobre 2016, p. 5 et 6 : discussion au sujet de l'article 487-1).

Article 98

Sans observations.

Article 99

Chambre de Commerce

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 la 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 motifs.

La question de savoir s'il serait nécessaire de prévoir des mesures transitoires a été étudiée. Il est proposé de fournir ultérieurement des précisions sur les arguments qui ont permis de conclure que de telles mesures n'étaient pas nécessaires.

3. Divers

Il est rappelé que la réunion informelle avec les membres du Conseil d'Etat aura lieu le mercredi 26 octobre à 14h30.

Luxembourg, le 24 octobre 2016

Le Secrétaire-administrateur,
Carole Closener

Le Président,
Franz Fayot