

N° 6539⁴

CHAMBRE DES DEPUTES

Session extraordinaire 2013

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 régler 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“)

* * *

SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Avis de l'Ordre des Experts-Comptables	
– Dépêche du Président de l'Ordre des Experts-Comptables au Ministre de la Justice (3.10.2013)	2
2) Avis de la Chambre des Métiers (10.10.2013)	12

*

AVIS DE L'ORDRE DES EXPERTS-COMPTABLES
DEPECHE DU PRESIDENT DE L'ORDRE DES EXPERTS-COMPTABLES
AU MINISTRE DE LA JUSTICE
(3.10.2013)

Madame la Ministre,

Par courrier du 7 février 2013, l'Ordre des Experts-Comptables (ci-après l'„OEC“) a été invité par votre Ministère à donner son avis sur le projet de loi n° 6539 relative à la préservation des entreprises et portant modernisation du droit de la faillite et modifiant un certain nombre de textes législatifs existants, déposé à la Chambre des Députés en date du 29 janvier 2013.

L'OEC tient tout d'abord à rappeler et à souligner l'attachement profond que lui-même et ses membres portent aux objectifs poursuivis par le législateur en matière de prévention des faillites et de préservation des entreprises en difficulté.

C'est pourquoi l'OEC a centré son analyse et ses commentaires sur les projets de mesures visant à la préservation des entreprises et n'a pas procédé à une analyse exhaustive des modifications apportées aux aspects purement procéduraux du droit de la faillite.

Pour ce faire, l'OEC s'est aussi largement appuyé sur:

- l'expérience des experts-comptables en tant que prestataires de services indépendants, experts, mandataires et conseillers des entreprises, y compris celles éventuellement en difficulté, voire en faillite,
- l'expertise développée au sein de la profession dans des domaines spécifiques relatifs à l'insolvabilité et à la faillite.

Enfin, l'OEC a pris connaissance avec intérêt:

- des évaluations qui ont été faites récemment quant à la mise en oeuvre de la loi belge sur la continuité des entreprises, laquelle constitue une des sources d'inspiration du projet de loi n° 6539,
- de la teneur de la réforme qui vise à améliorer l'efficacité du dispositif de prévention des faillites en vigueur actuellement.

Ainsi, l'OEC se permet-il d'attirer l'attention du législateur sur la teneur de ces documents, considérant que le recul de quelques années pris sur la mise en oeuvre et les pratiques développées en Belgique peuvent apporter un éclairage instructif sur certaines mesures qu'il est proposé d'adopter au Grand-Duché.

Nous vous prions de bien vouloir trouver l'avis de l'OEC dans la présente. Il reprend:

- dans une première partie, les commentaires d'ordre général que l'OEC souhaite porter à l'attention du législateur dans le cadre de ce projet,
- dans une seconde partie, nos avis et suggestions sur les mesures préventives développées dans le projet de loi, visant à préserver les entreprises,
- et finalement nos commentaires portant sur les dispositions modificatives d'autres textes existants.

Ces parties seront développées selon le plan suivant:

- Partie I – Commentaires d'ordre général sur le projet de loi n° 6539
 - I 1) Définitions
 - I 2) Question transversale du financement des mesures
- Partie II – Avis et suggestions sur les mesures préventives visant à préserver les entreprises
 - II 1) Champ d'application des mesures de prévention
 - II 2) Mesures préventives extrajudiciaires
 - II 2-1) Base de données propres au secrétariat du Comité de conjoncture et du CEVED
 - II 2-2) Consultation des chambres professionnelles/liste de conciliateurs
 - II 3) Réorganisation judiciaire
 - II 3-1) Dépôt de la requête en réorganisation judiciaire
 - II 3-2) Conditions d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire
 - II 3-3) Nomination d'un mandataire de justice
 - II 3-4) Nomination d'un administrateur provisoire
 - II 3-5) De la vente et de la cession des actifs de la société en procédure de réorganisation judiciaire
 - II 4) Dissolution administrative sans liquidation
- Partie III – Autres réflexions portant sur les dispositions modificatives des textes existants
 - III 1) Modifications du Code de Commerce
 - III 1-1) Modification des articles 495-1/444-1 – notion de faute susceptible d'engager la responsabilité des dirigeants
 - III 1-2) Modification des articles 455 et 456 – fonctions de liquidateur
 - III 1-3) Modification de l'article 461-1 – délai de prescription
 - III 1-4) Modification de l'article 484 – notion de comptes annuels
 - III 2) Réexamen de mesures déjà étudiées dans le cadre du projet de loi n° 5157
 - III 2-1) Modification de l'article 97 de la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre
 - III 2-2) Modification de l'article 167 en son paragraphe 2 de la loi de 1915 – interdiction des avances aux actionnaires
 - III 3) Procédures d'extension de responsabilité et mise à jour de la loi générale des impôts

PARTIE I

Commentaires d'ordre général sur le projet de loi n° 6539*général***I 1) Définitions**

Le projet de loi 6539 fait référence à de nombreux professionnels et à leur rôle dans les procédures projetées.

C'est pourquoi ***l'OEC suggère de regrouper un ensemble de définitions en début de texte et, dans ce cadre, de définir d'une manière exhaustive chacun des professionnels amenés à intervenir dans les procédures que cette loi met en place***: conciliateurs, magistrats président le tribunal, juge, tribunal, juge délégué, mandataire de justice, administrateur provisoire, curateur, organes de la société etc.

Ainsi, il serait aisé de se référer à ce corpus de définitions pour déterminer notamment:

- si, par exemple, l'administrateur judiciaire est le même professionnel que le mandataire de justice des articles 21 à 23 du projet de loi;
- ou quels sont les „organes du débiteur“ auxquels il est fait référence dans l'article 23 du projet de loi.

*général***I 2) Question transversale du financement des mesures**

Selon l'OEC, la question du financement des mesures proposées en vue de préserver les entreprises devrait être prise en compte et clarifiée pour chacune d'entre elles: poids de la charge et prise en charge.

Ainsi, ***l'OEC suggère que la rémunération de chacun des intervenants dans les différentes procédures de préservation des entreprises soit, au moins dans son principe, déterminée par le texte du projet***, le cas échéant par un renvoi à un règlement grand-ducal ultérieur ou à un texte existant. Ceci permettrait aux personnes qui auront recours à ces mesures de prévoir le coût éventuel de leur démarche.

Cette suggestion nous semble d'autant plus importante et au cœur de l'ensemble du nouveau dispositif de préservation des entreprises que, précisément, les entreprises susceptibles de supporter les frais liés à ces mesures sont en risque de cessation de paiement ou tout le moins rencontrent de sérieux problèmes de trésorerie.

PARTIE II

Avis et suggestions sur les mesures préventives visant à préserver les entreprises*article 2***II 1) Champ d'application des mesures de prévention**

L'OEC préconise de citer les „professions libérales“ relevant de la loi du 2 septembre 2011 sur le droit d'établissement dans les dispositions relatives au champ d'application afin d'éviter une discrimination entre professionnels exerçant à titre individuel et ceux exerçant sous forme de société commerciale.

On pourrait également s'interroger sur l'entrée dans ce même champ d'autres professions qui ne sont pas des professions libérales aux termes de la loi du 2 septembre 2011, par exemple: les agriculteurs, les pharmaciens, les réviseurs d'entreprises.

II 2) Mesures préventives extrajudiciaires*article 5 et suivants*

II 2-1) Base de données propres au secrétariat du Comité de conjoncture et du CEVED

L'OEC préconise que le Comité de Conjoncture puisse être alerté également directement par les créanciers privés impayés (hormis le cas de l'article 10) et par le débiteur.

En outre, l'OEC relève qu'il n'existe pas d'information systématique du débiteur en cas d'évaluation de sorte qu'il sera difficile pour le débiteur de se conformer à l'obligation qui lui est faite de fournir le rapport d'évaluation pour demander l'ouverture d'une réorganisation judiciaire.

En ce qui concerne le traitement des ordonnances de paiement, l'OEC comprend qu'elles sont maintenues en cas de conciliation mais pas en cas de réorganisation judiciaire. L'OEC s'interroge dès lors sur les modalités d'information du Comité de Conjoncture: est-il prévu de créer une base de données publique ou cette information sera-t-elle directement transmise par les greffes?

En tout état de cause, l'OEC tient à mentionner qu'en cas d'ordonnances de paiement on ne peut exclure la possibilité d'une dilapidation de l'outil de production ainsi qu'une aggravation de la situation globale des autres créanciers.

En lien avec la formulation de l'article 9 alinéa 3 du projet de loi, ***l'OEC suggère également d'apporter plus de précisions procédurales et formelles quant à la demande du débiteur***, notamment sur le point de savoir si ce dernier doit s'adresser au secrétariat du Comité de Conjoncture, en charge de l'instruction de sa demande visant à l'établissement du rapport à fournir dans le cadre de la constitution d'un dossier de réorganisation judiciaire.

article 9 (commentaire des articles)

II 2-2) Consultation des chambres professionnelles/liste de conciliateurs

L'OEC préconise d'organiser les fonctions de conciliateurs notamment quant à leur formation, de définir dans un texte dédié les conditions et modalités d'accès à cette fonction et, le cas échéant, à terme, de créer une nouvelle profession.

Pour autant, l'OEC estime qu'il ne serait pas souhaitable que l'ensemble des membres d'une profession d'ores et déjà réglementée – telle que celle des experts-comptables par exemple – soient inscrits d'office sur la liste des conciliateurs.

Une telle admission à la fonction de conciliateur ne devrait se faire que sur demande, le professionnel devant apporter la preuve qu'il remplit bien les critères d'accès à cette nouvelle profession. L'OEC estime dans ce contexte, qu'il serait souhaitable par ailleurs d'apporter des précisions sur lesdits critères.

II 3) Réorganisation judiciaire

article 13

II 3-1) Dépôt de la requête en réorganisation judiciaire

Pour ce qui concerne l'article 13 (2) 8), qui porte sur „*l'indication que le débiteur a satisfait aux obligations légales et conventionnelles d'information et de consultation des salariés ou de leurs représentants*“, l'OEC estime que le fait de subordonner le dépôt de la requête, et par conséquent l'enclenchement de la procédure de réorganisation au respect préalable des obligations d'information et de consultation des salariés risque, dans certains cas, de retarder d'une manière préjudiciable la protection de la société et, par conséquent, ***l'OEC suggère de définir plutôt un délai maximal pour y procéder à compter du dépôt de la requête.***

De plus, en ce qui concerne l'article 13 (2) 9) du projet, à savoir *la nécessité de fournir une copie du rapport du Comité de Conjoncture* dans le cadre du dépôt d'une requête en réorganisation judiciaire, l'OEC se permet de faire remarquer que celle-ci suppose l'existence d'un tel rapport. Or, ce ne sera pas nécessairement le cas, par exemple, si la dégradation de la situation du demandeur est subite et n'a donc pas fait l'objet d'une détection préalable par le Comité de Conjoncture.

Dans ces circonstances, ***l'OEC préconise de prévoir que ce rapport n'est exigé que lorsqu'il a été établi avant la requête.***

Si une telle modification devait ne pas être apportée, demeurerait une interrogation quant au délai qui serait imparti au Secrétariat du Comité de Conjoncture pour examiner la situation du débiteur et émettre un rapport.

Le délai de 14 jours qui est prévu à l'article 13(4) du projet pour fournir les documents manquants semble alors très court. En effet, le débiteur pourrait-il solliciter l'examen de sa situation et l'établis-

sement d'un rapport le jour du dépôt de la requête et, dans l'affirmative, pourrait-il alors l'obtenir avant l'expiration du délai de 14 jours?

Finalement, il reste encore la question du principe de saisine du Comité de Conjoncture qui, telle que définie par l'article 6 du projet, ne semble pas prévoir de telles situations.

article 19

II 3-2) Conditions d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire

L'article 19 alinéa 3 du projet de loi précise 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.“

L'OEC est d'avis que cette présomption doit être retirée du texte de loi.

En effet, l'OEC se permet de rappeler son commentaire du projet de loi 5157, et le fait que la perte de la moitié du capital ne préjuge pas forcément de la continuité de l'exploitation d'une entreprise notamment:

- en termes de trésorerie (donc de risque de défaillance de paiement vis-à-vis des tiers):
 - o car toutes les charges comptables qui diminuent les résultats ne sont pas forcément monétaires, c'est-à-dire qu'elles ne donnent pas lieu à une sortie de trésorerie, c'est le cas des amortissements et des provisions;
 - o à l'inverse, dans l'hypothèse d'une comptabilisation d'actifs à leur juste valeur, tous les produits comptables qui augmentent les résultats ne sont pas nécessairement monétaires, c'est-à-dire qu'ils ne donnent pas lieu à un encaissement de trésorerie, puisqu'on peut enregistrer des plus-values non réalisées sous certaines conditions;
- en termes de poursuite de l'activité car des actionnaires ou associés peuvent parfaitement disposer d'une surface financière adéquate ou avoir un crédit suffisant pour attendre un retour lent sur investissement: c'est le cas par exemple dans l'immobilier ou dans d'autres secteurs où l'activité a été initiée selon un plan de financement intégrant un retour sur investissement à moyen et long terme, c'est-à-dire des premiers exercices en pertes assumées, puis la survenance de bénéfices.

Ainsi l'OEC craint que la mention de cette présomption dans le texte ne soit de nature à favoriser une confusion de principe entre résultat comptable, trésorerie disponible et continuité d'exploitation ainsi qu'une simplification inappropriée de toutes les interactions possibles entre ces éléments avec l'altération du crédit de l'entreprise, à l'origine de faillites.

Par ailleurs, même si l'on considérait que cette présomption, bien qu'inappropriée le cas échéant, se révèle favorable au débiteur dans le contexte de l'article 19 en particulier, l'OEC se permet d'attirer l'attention du législateur sur le fait qu'elle pourrait se révéler défavorable dans le contexte de l'article 10.

Finalement ***L'OEC suggère que la perte de la moitié du capital soit simplement considérée par le secrétariat du Comité de Conjoncture, à l'instar d'autres données particulières***, en vue de vérifier dans quel contexte intervient cet événement et le cas échéant, d'inviter la société en cause à discuter de sa situation, alors même que celle-ci ne connaît pas à proprement parler de difficultés financières (dans le cadre des mesures préventives voulues par le projet). L'OEC se permet de faire remarquer que tel est d'ailleurs bien l'esprit des dispositions de l'article 100 de la loi modifiée du 10 août 1915.

article 22

II 3-3) Nomination d'un mandataire de justice

L'OEC s'étonne que l'article 22 du projet de loi qui prévoit les circonstances et modalités de nomination d'un mandataire de justice n'ait pas prévu de voies de recours contre la décision de nomination.

Le fait que le débiteur soit entendu avant la nomination éventuelle d'un mandataire de justice et que le tribunal apprécie l'utilité de la nomination explique-t-il une telle absence de recours?

L'OEC suggère que l'opportunité d'une voie de recours non suspensive soit considérée par le législateur, nonobstant le fait qu'en cas de nomination d'un mandataire de justice sur demande d'un tiers, ce dernier a la charge des frais et honoraires du mandataire ainsi générés.

L'OEC s'interroge sur une *publication spécifique de la nomination d'un mandataire de justice* à la lecture conjointe des articles 22 et 23 1) alinéa 3 du projet, et dans l'affirmative tient à souligner que ***l'OEC n'y serait pas favorable***, dans la mesure où les pouvoirs des dirigeants ne sont pas modifiés dans le cadre de l'article 22 et que cette publication pourrait engendrer une perte de crédit à leur égard.

article 23

II 3-4) Nomination d'un administrateur provisoire

Concernant l'article 23 du projet de loi qui prévoit les cas de nomination d'un administrateur provisoire, l'OEC réitère sa suggestion de définir avec précision, dans le début du texte regroupant les définitions, les personnes qui peuvent accéder à cette fonction. Il nous semblerait utile ainsi d'indiquer si les administrateurs provisoires sont des mandataires de justice, s'ils doivent en toute hypothèse suivre une formation spécifique et/ou justifier d'une expertise particulière.

L'OEC préconise également qu'il soit mentionné quelles professions réglementées peuvent accéder à cette fonction et s'interroge sur l'opportunité de créer une nouvelle profession dédiée.

L'OEC note finalement que pendant toute la durée du sursis il est possible de retirer la nomination ou de *modifier les pouvoirs de l'administrateur provisoire*.

L'OEC suggère de clarifier si il s'agirait alors d'apporter des limitations ou un encadrement aux pouvoirs généraux de l'administrateur judiciaire et dans l'affirmative, de préciser dans quelle mesure.

article 57

II 3-5) Article 57 du projet de loi – de la vente et de la cession des actifs de la société en procédure de réorganisation judiciaire

L'OEC préconise que la loi permette non seulement la vente des actifs de la société mais aussi la cession des actions ou parts sociales de la société.

En effet, il convient de tenir compte du fait que les entreprises peuvent détenir des actifs:

- qui ne peuvent pas être transférés d'un propriétaire à un autre, comme p. ex. des marques lorsque les règles d'enregistrement – notamment internationales – ont été modifiées, de sorte que la marque ne pourrait plus être réenregistrée;
- des brevets dont le réenregistrement – notamment international – peut s'avérer très onéreux;
- des biens immobiliers détenus en pleine propriété dont la cession peut engendrer des droits de mutation substantiels, ou des biens faisant l'objet d'un bail emphytéotique dont le renouvellement peut s'avérer non seulement onéreux mais également aléatoire.

L'OEC suggère également que les associés ou actionnaires de la société puissent être obligés de céder leur participation ou de renoncer à leur droit de souscription préférentiel lors d'une augmentation de capital, dans le cadre d'une réorganisation judiciaire afin de favoriser, le cas échéant, la continuité de la personne morale d'une part et d'autre part de ne pas faire obstacle à l'entrée de nouveaux actionnaires susceptibles de renforcer le capital de celle-ci.

L'article 257 de la loi de 1915, 2ème alinéa prévoit déjà 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“.

L'OEC propose d'ailleurs d'évaluer si cet alinéa ne devrait pas être reformulé pour tenir compte des nouvelles terminologies envisagées dans le cadre du projet de loi sous revue.

article 69

II 4) Dissolution administrative sans liquidation

L'article 69 du projet de loi prévoit les conditions d'ouverture d'une procédure de dissolution administrative sans liquidation, en référence notamment à un actif qui ne dépasse pas le seuil de 1000.– €.

L'OEC note toutefois que ce seuil est défini par interprétation d'un autre texte référencé (référence au montant minimum attribué aux curateurs et liquidateurs d'après le règlement du 18 juillet 2003 portant révision du tarif des honoraires des curateurs en matière de faillite) et suggère que ce seuil soit défini plus précisément dans le texte du projet de loi ou d'un règlement grand-ducal.

L'OEC rend également attentif au caractère très rigide de l'effet de seuil, toute société rencontrant le critère entrant dans le champ d'application de la mesure, lequel se trouve toutefois compensé par l'appréciation d'opportunité du Procureur d'Etat, qui n'est pas tenu d'engager une telle procédure de dissolution administrative s'il ne l'estime pas souhaitable.

En outre, *l'OEC suggère de définir plus précisément l'„actif“ à considérer pour l'application du seuil et s'interroge sur les moyens de déterminer cet actif dans les cas où les comptes n'auront pas été déposés et/ou publiés, et de considérer l'opportunité d'un règlement d'application de cette future disposition précisant les points de contrôle à opérer par le Registre de Commerce et des Sociétés.*

Pour ce qui relève des aspects procéduraux et des voies de recours contre cette procédure de dissolution administrative, l'OEC a bien noté la spécificité du recours du tiers qui est conditionné par l'avance de frais de 1.000.– € et n'a pas de remarques particulières sur ce point.

PARTIE III

Autres réflexions portant sur les dispositions modificatives des textes existants

article 86 7)

article 86 30)

III 1) Modifications du Code de Commerce

III 1-1) Modification des articles 495-1/444-1 – notion de faute susceptible d'engager la responsabilité des dirigeants

L'OEC a bien noté qu'en matière d'action en comblement de passif, respectivement d'interdiction de faire le commerce la notion de faute grave et caractérisée qui figurait précédemment dans les textes a été remplacée par celle de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actifs.

L'OEC n'a pas trouvé dans le texte du projet d'éléments concrets permettant d'estimer les conséquences éventuelles de cette modification pour les dirigeants, dans la pratique, alors même que la nouvelle terminologie ne se réfère plus à une quelconque gravité ni caractère manifeste desdites fautes.

Il paraît pourtant indispensable que toute condition susceptible d'être prise en considération pour engager, le cas échéant, la responsabilité d'un professionnel soit cernée avec autant de précision que possible à défaut d'être expressément définie.

D'un autre côté, il est tout de même spécifié au commentaire de l'article 495-1:

„L'action en comblement de passif, constituant une sanction civile en la matière, a connu un profond changement dans la mesure où le cercle des personnes pouvant initier une telle sanction a été étendu au parquet et que dorénavant une faute de gestion est suffisante afin d'engager la responsabilité du ou des dirigeants concernés. Dans le passé, cette action en effet a toujours échoué alors que sa mise en oeuvre a été excessivement difficile dans la mesure où il fallait prouver des fautes graves et caractérisées de la part du ou des dirigeants et ayant contribué à la faillite.“

C'est pourquoi l'OEC s'inquiète d'un éventuel durcissement des sanctions encourues par les entrepreneurs dont la responsabilité pourrait se trouver engagée plus généralement sur la base d'une simple faute et se permet d'attirer l'attention du législateur sur l'importance de l'esprit d'entreprise et les répercussions qu'un tel durcissement pourrait avoir sur la situation des entrepreneurs en activité.

De plus, les candidats à la création et/ou gestion d'entreprises pourraient être découragés.

L'OEC est d'avis que les qualifications „graves“ et „caractérisées“ desdites fautes doivent être maintenues, par opposition à une simple erreur de gestion.

article 86 9)
article 86 10)

III 1-2) Modification des articles 455 et 456 – fonctions de liquidateur

L'OEC est clairement favorable à l'extension de la liste des éventuels liquidateurs, et prend bonne note du rôle que les experts-comptables – en s'appuyant sur leur expérience de partenaires et de conseillers proches des entreprises – pourront ainsi pleinement jouer dans la mise en oeuvre des procédures préconisées par le législateur.

Quant aux critères de qualifications des liquidateurs, leur formation professionnelle continue et l'organisation générale de leurs activités, l'OEC se permet de renvoyer à des commentaires similaires que ceux relatifs aux conciliateurs (cf. section II 2-2): *organisation des fonctions de conciliateurs notamment quant à leur formation, définition dans un texte dédié des conditions et modalités d'accès à cette fonction et, le cas échéant, à terme, création d'une nouvelle profession*).

article 86 15)

III 1-3) Modification de l'article 461-1 – délai de prescription

Selon les dispositions en vigueur la responsabilité des liquidateurs, curateurs, et mandataires de justice se prescrit par 5 ans à compter de la date de publication du jugement de clôture.

L'OEC se permet de faire remarquer que la situation du *remplacement d'un intervenant en cours de procédure*, n'est pas clarifiée dans les textes.

C'est pourquoi, **L'OEC suggère qu'il soit prévu et stipulé que dans une telle situation la prescription à l'encontre de la personne remplacée court à compter du jugement de remplacement**.

article 86 23)

III 1-4) Modification de l'article 484 – notion de comptes annuels

Le texte actuel prévoit au 1er paragraphe „... la vérification et la rectification du bilan ...“. Or, dans 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 été introduite la notion de comptes annuels. **L'OEC suggère donc de remplacer le mot „bilan“ par „comptes annuels“**.

Le texte actuel prévoit au 2ème paragraphe „Pour autant que l'actif soit suffisant pour en couvrir les frais, les curateurs peuvent, avec l'accord du juge-commissaire qui statue par voie d'ordonnance, s'adjoindre le concours d'un comptable ou expert-comptable en vue de la confection du bilan“.

L'OEC suggère que cette condition d'actif suffisant soit supprimée car la pratique montre que d'une analyse des comptes annuels ainsi que des transactions qui en sont la base, peuvent découler des redressements mettant à jour des actifs supplémentaires omis ou sous-évalués dans les comptes annuels avant lesdits ajustements.

On citera comme exemples 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 dont résultent alors de nouvelles créances qui permettent de couvrir les frais engagés.

L'OEC est d'avis que l'Administration de l'Enregistrement devrait avancer ces frais de l'expert-comptable ou du comptable, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 487-1 du nouveau Code de Commerce.

*article 88***III 2) Réexamen de mesures déjà étudiées dans le cadre du projet de loi n° 5157**

III 2-1) Modification de l'article 97 de la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre

L'OEC approuve sans réserve que la liste des protêts et des jugements par défaut contre des commerçants puisse être dorénavant diffusée via les chambres professionnelles.

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.

article 92

III 2-2) Modification de l'article 167 en son paragraphe 2 de la loi de 1915
– Interdiction des avances aux actionnaires

L'approche choisie, à savoir l'interdiction des avances aux actionnaires sauf conditions spécifiques, nous apparaît 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.“
- 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.

*article 95***III 3) Procédures d'extension de responsabilité et mise à jour de la loi générale des impôts**

Concernant l'article 95 modifiant l'article 1er § 109 alinéa 1er de la loi générale des impôts modifiée du 22 mai 1931 (ci-après „la LGI“) portant sur la *mise en oeuvre 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.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Ministre, nos salutations les plus distinguées.

Le Président,
Pierre LENTZ

*

AVIS DE LA CHAMBRE DES METIERS

(10.10.2013)

Par sa lettre du 7 février 2013, Monsieur le Ministre de la Justice a bien voulu demander l'avis de la Chambre des Métiers au sujet du projet de loi repris sous rubrique.

*

1. CONSIDERATIONS GENERALES

Ce projet met en oeuvre le programme gouvernemental de 2009 en ce qui concerne les entreprises en difficulté et fait suite au débat intervenu en 2011 à la Chambre des Députés, débat au cours duquel il a été reconnu qu'en période de crise, un système approprié en matière d'entreprises en difficulté devient une priorité nationale incontournable.

Si, au cours de ce débat, il a été largement admis que le problème des faillites est un problème complexe, force est de constater que tenter d'y apporter une réponse unique est vain, puisqu'il trouve sa source dans une multitude de facteurs.

A ce sujet, la Chambre des Métiers rappelle avoir réalisé une étude, en 2011, visant à donner un aperçu sur les causes pouvant mener à la faillite d'une entreprise.

Il en était notamment ressorti que 52% des faillites étaient dues à des causes endogènes, c'est-à-dire imputables à la responsabilité du chef d'entreprise. Il était en outre apparu que seulement 22% des faillites étaient dues à des causes exogènes, parmi lesquelles 70% étaient liées au non-paiement de clients ou à la crise économique.

L'étude a donc révélé de façon éclatante que pour plus de la moitié des faillites, les éléments déclencheurs étaient imputables à la capacité de gestion insuffisante du ou des dirigeants.

Or, à partir du moment où une telle insuffisance des capacités de gestion d'entreprises revêt une importance aussi nette dans les faillites, la question de la qualification professionnelle des dirigeants est fondamentale.

La Chambre des Métiers rappelle à ce sujet avoir toujours considéré que l'exigence d'une bonne qualification du créateur d'entreprise, au niveau technologique et au niveau de la gestion d'entreprise, est la meilleure prévention contre la faillite. Le suivi par elle effectué depuis dix ans auprès de ses ressortissants montre d'ailleurs qu'une entreprise avec à sa tête un dirigeant détenteur d'un brevet de maîtrise ou d'un diplôme équivalent a quatre fois plus de chances de réussir qu'une entreprise dont le dirigeant est titulaire d'un diplôme moindre ou peut se baser sur les directives européennes.

Il est donc indispensable de ne pas sous-estimer ou minimiser l'importance de la formation du chef d'entreprise dans le débat sur les faillites.

Le projet sous avis entend aborder la problématique des faillites sous différents angles. Deux grands volets sont notamment abordés en l'espèce:

- un volet préventif, visant à éviter la mise en faillite systématique des sociétés en difficulté;
- un volet répressif, ayant pour but de lutter contre les faillites frauduleuses.

Un volet réparateur, mettant en scène le développement d'un système de la „deuxième chance“ pour les faillis de bonne foi, a été traité dans le projet de loi 6021 sur le surendettement modifiant l'article 536 du Code de commerce et devenu la loi du 8 janvier 2013 sur le surendettement (publiée au Mémorial A n° 26 du 13 février 2013).

En ce qui concerne le volet social, et notamment le paiement d'avances par l'Agence pour le développement de l'emploi en cas de survivance d'une faillite, il est renvoyé à la loi du 19 avril 2012 ayant modifié l'article L.126-1 du Code du travail.

D'une manière générale, la Chambre des Métiers marque son accord avec les objectifs du projet de loi lui soumis pour avis, et notamment avec le système de prévention des faillites, ce dans la lignée de l'adage „il vaut mieux prévenir que guérir“. En effet, une faillite ayant de nombreuses conséquences négatives, tant sur le chef d'entreprise lui-même que sur ses salariés et/ou créanciers, l'aspect préventif n'est pas à négliger.

Néanmoins, elle tient cependant à préciser qu'en cette matière, il est important de toujours faire preuve de nuance: le marché a aussi besoin de départager de manière naturelle des entreprises non

performantes ou inefficaces. Un maintien en vie artificiel „à tout prix“ risquerait de surcroît d’engendrer des effets pervers, les entreprises „aidées“ pouvant mettre en péril des entreprises saines par un effet „domino“.

Ainsi, s’il est certes important de réformer le système actuel, il est nécessaire de garder en tête que les faillites font partie intégrante de la vie économique des entreprises, tel que le laisse d’ailleurs sous-entendre l’exposé des motifs du projet sous rubrique.

*

2. APPRECIATION CRITIQUE

2.1. Le volet préventif

2.1.1. *La philosophie de la prévention*

La Chambre des Métiers relève que le projet de loi propose d’introduire en droit luxembourgeois un volet ayant trait à l’aspect préventif de la faillite, et notamment de nouvelles dispositions ayant vocation à remplacer les outils largement sous-utilisés aujourd’hui du concordat avant ou post-faillite, de la gestion contrôlée ou du sursis.

Elle prend acte du fait que ces procédures ont en commun une gestion souvent trop lourde, ne pouvant par conséquent concerner que les entreprises disposant encore de moyens suffisants pour pouvoir en couvrir les frais, tout en maintenant un certain niveau d’activités.

Elle note en outre que ces procédures sont uniquement utilisables par des entreprises d’une certaine taille, laissant celles de petites tailles sans instrument de prévention adapté, ce d’autant plus que leurs ressources financières sont souvent limitées.

Par ailleurs, force est de constater que la situation au niveau de l’information collectée sur les entreprises en difficulté est à ce jour parcellaire.

La Chambre des Métiers se félicite à cet égard du fait qu’une première étape ait été franchie avec le démarrage de la centrale des bilans au début de l’année 2012, centrale permettant le traitement des informations financières déposées via le Registre de Commerce et des Sociétés.

Elle prend enfin acte du fait que le projet sous avis est d’inspiration belge, la récente réforme intervenue en Belgique par la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises ayant servi de base à la rédaction du texte lui présenté.

Ainsi, elle constate que c’est dans cette perspective que les procédures créées par le droit belge ont été revues, avec l’idée de capitaliser les acquis existants au Luxembourg en suivant les lignes directrices ci-après:

- l’intervention d’un tribunal ne sera sollicitée qu’à partir du moment où l’on sort du cadre d’une procédure volontaire dans lequel le commerçant peut être accompagné pour parvenir à un accord négocié avec ses débiteurs;
- grâce aux informations reçues des administrations en contact fréquent avec les entreprises, le secrétariat du Comité de Conjoncture pourra prendre contact avec le commerçant en difficulté pour évaluer les diverses mesures visant à remédier à sa situation.

La Chambre des Métiers relève que le texte de la loi belge a été conservé autant que possible. En ce sens, elle se félicite que l’efficacité des instruments belges ait été analysée dans un rapport qui a montré, après trois années d’application de la loi, une réelle portée des mesures introduites.

De surcroît, elle salue l’applicabilité expresse aux artisans des dispositions projetées, dispositions clarificatrices venant éviter les interrogations de qualification dues au fait que l’artisan ne soit juridiquement pas considéré comme commerçant au sens du Code de commerce.

2.1.2. *Les différentes procédures de redressement*

2.1.2.1. *L’identification des entreprises en difficulté*

L’identification des entreprises en difficulté par les administrations concernées à un stade précoce permet non seulement de proposer des solutions adaptées permettant le redressement éventuel de la

situation de celles-ci, mais également, pour celles pour lesquelles il apparaît dès le départ que les perspectives de redressement sont quasi inexistantes, d'initier au plus tôt une procédure de faillite ou de liquidation, évitant ainsi de les maintenir artificiellement en vie.

Collecter les informations utiles est donc un préalable à toute procédure de redressement.

La collecte stricto-sensu

L'article 5 du projet de loi prévoit que „*les renseignements et données utiles concernant les débiteurs qui sont en difficultés financières telles que la continuité de leur entreprise peut être mise en péril [...] [soient] tenus à jour au secrétariat du Comité de conjoncture*“.

Le projet d'article 6 prévoit quant à lui 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, sont transmis par le greffe du tribunal compétent au secrétariat du Comité de conjoncture*“.

Il est en outre précisé qu'il en ira de même des jugements qui déclarent résolu un bail commercial à charge du locataire, qui refusent un renouvellement sollicité par celui-ci ou qui mettent fin à la gestion d'un fonds de commerce.

La Chambre des Métiers approuve le fait que les décisions de référé, provisoires par essence (et ne permettant pas en fait de porter une appréciation définitive sur la situation financière de l'entreprise), aient été exclues de la liste des documents à communiquer. Elle attire en outre l'attention des auteurs du projet de loi sur les difficultés qui pourraient se présenter en pratique, eu égard notamment au volume des transmissions à opérer.

De surcroît, elle relève qu'il est important de ne pas sous-estimer l'importance du travail et du temps requis nécessaire à une analyse détaillée de tous les jugements contradictoires visant à déterminer si une contestation du montant en principal a ou non été opérée.

En ce qui concerne la transmission des jugements de résolution ou de non-renouvellement des baux commerciaux, la Chambre des Métiers n'est pas d'avis qu'ils soient nécessairement révélateurs d'une rupture dans l'exploitation d'une activité commerciale. En ce sens, elle estime qu'une telle communication n'est pas appropriée.

Par ailleurs, les commentaires du projet d'article 5 énoncent que sur base des informations recueillies, le secrétariat du Comité de conjoncture pourra établir „une série de clignotants lui permettant d'identifier les entreprises en difficulté“.

La Chambre des Métiers regrette vivement que cette notion de „clignotants“, noyée dans le texte des commentaires, ne soit pas explicitée dans le projet lui-même.

A ce sujet, elle tient à préciser que si les données disponibles auprès de la centrale des bilans étaient amenées à constituer un dit „clignotant“, il serait nécessaire de les manier avec précaution. En effet, le dépôt du bilan n'intervenant qu'une fois l'an, et ce avec un certain décalage par rapport à la date de clôture des comptes, le risque de dépôt tardif (ou de non-dépôt) de la part des entreprises en difficulté n'est pas à négliger.

De la même manière, si les dettes sociales ou fiscales de l'entreprise servent de signal d'alarme, il est nécessaire de s'interroger afin de savoir à partir de quand ces dernières seront susceptibles de déclencher une procédure.

De plus, en ce domaine, la Chambre des Métiers est d'avis qu'il serait possible de se référer à „l'analyse-risque“ développée par l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines, à savoir qu'il pourrait être envisagé qu'un contrôle automatisé, basé sur une série de paramètres (délais de paiement actuels de la TVA, comparaison avec ceux de l'année précédente, etc.), soit mensuellement réalisé. Il générerait ainsi une liste d'entreprises „à risque“. Cette dernière pourrait ensuite être recoupée avec les données du Centre Commun de la Sécurité Sociale.

Celui-ci pourrait quant à lui mettre en place un système „d'alerte“ après un retard de deux ou trois mois de cotisations par exemple.

En outre, elle propose que soient mis en place des outils d'informations complémentaires. Le Registre de Commerce et des Sociétés pourrait en ce sens exiger qu'avec le bilan soit déposé un ensemble de ratios, tels que le taux d'endettement de l'entreprise. Un logiciel développé à ces fins pourrait ainsi permettre d'identifier les sociétés dont lesdits paramètres se seraient dégradés au fil du temps.

En toutes hypothèses, la Chambre des Métiers insiste sur la nécessité d'une définition précise des „clignotants“ afin que leur énonciation ne reste pas uniquement théorique.

Le rôle du secrétariat du Comité de conjoncture

Aux termes du projet d'article 7, „*le secrétariat du Comité de conjoncture suit la situation des débiteurs en difficulté en vue de favoriser la continuité de leur entreprise ou de leurs activités et d'assurer la protection des droits des créanciers*“.

Il est en outre prévu que lorsqu'il estime que la continuité de l'entreprise d'un débiteur est menacée, il peut inviter le débiteur afin d'obtenir toute information relative à l'état de ses affaires et au sujet des mesures de réorganisation éventuelles.

Si, d'une manière générale, la Chambre des Métiers marque son accord de principe avec la décision d'une instauration de mesures préventives, elle tient néanmoins à rappeler qu'elle estime que les faillites font et feront toujours, en tout état de cause, partie intégrante, et parfois même nécessaire, du cycle de la vie économique. Cela dit, elle approuve l'idée, dans ce but de prévention, de mettre en place une cellule de recoupement des informations et de rassemblement de celles-ci. Elle se félicite également du caractère volontaire envisagé par la réforme.

En revanche, elle se demande si le secrétariat du Comité de conjoncture dispose des compétences nécessaires pour assurer les fonctions découlant du rôle lui assigné par le projet de texte et considère qu'il serait nécessaire de lui attribuer ou de faire en sorte qu'il soit secondé par des professionnels en matière d'analyse de la situation économique des entreprises (comptables, réviseurs, etc.).

La cellule d'évaluation des entreprises en difficulté

Le projet d'article 8 porte création d'une Cellule d'évaluation des entreprises en difficulté, cellule qui sera chargée d'apprécier l'opportunité des assignations en faillite et composée de quatre fonctionnaires, l'un émanant du Centre Commun de la Sécurité Sociale, l'un de l'Administration des Contributions Directes, l'un de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines et l'un du Ministère de l'Economie.

La Chambre des Métiers approuve le fait que cette disposition vienne ancrer dans la loi l'existence du comité informel „de faillite“, tel que „créé“ dans le cadre de l'échange d'informations instauré par la loi du 19 décembre 2008.

A ce sujet, elle rappelle que l'article 8 de cette loi permet déjà au Centre Commun de la Sécurité Sociale, à l'Administration des Contributions Directes et à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines d'échanger, à l'aide de procédés automatisés ou non, des informations relatives aux arriérés respectifs concernant les commerçants et sociétés commerciales dont la situation financière est compromise au moins envers l'une de ces administrations.

Les procédés automatisés se font en outre moyennant interconnexion de données et sous garantie d'un accès sécurisé, limité et contrôlé.

La motivation de cet article était de prévoir un échange de renseignements, limité au montant total des sommes exigibles, sans que pour autant la nature exacte des dettes respectives ne soit communiquée en détail. Ceci sous-entendait de fait une concertation régulière entre ces trois administrations.

Elle précise en outre que l'exposé des motifs de l'époque explicitait le fait que l'échange des données entre les administrations fiscales, tout comme celui avec les autres acteurs étatiques, se fait en conformité avec les dispositions de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel.

Au sujet du projet d'article 8 qui s'inscrit dans cette lignée, elle comprend, à la lecture desdits commentaires de l'article projeté, que le but de la création de la cellule n'est pas seulement de se concerter pour apprécier si une assignation en faillite est utile, mais surtout de voir si elle est opportune. Si elle prend par ailleurs acte du fait que cette appréciation doit se faire en fonction des créances de l'Etat et des établissements publics, elle regrette néanmoins que cette précision n'apparaisse pas explicitement dans le texte de l'article.

En outre, elle relève que par le biais de la cellule, les administrations concernées pourront évoquer la situation d'une entreprise dont, „suivant certains clignotants à définir, il apparaît qu'elle pourrait

entrer dans une phase de difficulté permettant ainsi au secrétariat du Comité de conjoncture d'assurer son rôle proactif⁴.

Là encore, la Chambre des Métiers aurait souhaité que la notion de clignotants, noyée dans les commentaires de l'article 8, soit expliquée et explicitée dans les commentaires et le texte sous avis.

Enfin, le dernier paragraphe du projet d'article 8 énonce que „*l'organisation, le fonctionnement et l'indemnisation des membres de la Cellule d'évaluation des entreprises en difficulté sont déterminées par règlement grand-ducal*“. Celui-ci ne lui ayant pas été simultanément soumis pour examen, la Chambre des Métiers n'est dès lors pas en mesure d'apprécier la réforme dans sa globalité.

2.1.2.2. *Les procédures non judiciaires de redressement*

A) La mission de conciliation

Selon le projet d'article 9, il est prévu que „*lorsque le débiteur le demande, le ministre ayant dans ses attributions l'Economie peut désigner sur proposition du secrétariat du comité de conjoncture un conciliateur d'entreprise, en vue de faciliter la réorganisation de l'entreprise*“.

Le conciliateur, qui est certes sans pouvoir décisionnel ou consultatif, pourra néanmoins renouer le contact et agir comme intermédiaire entre les créanciers et le débiteur et inciter ainsi le débiteur à réfléchir à sa politique d'entreprise.

Si la Chambre des Métiers approuve cette initiative et se félicite de la simplicité des modalités de désignation dudit conciliateur, elle tient malgré tout à rappeler qu'elle est d'avis que toutes les entreprises ne peuvent pas bénéficier d'une mesure de sauvetage et qu'il est ainsi important que soit au préalable opéré un „tri“ des entreprises méritant d'être sauvées.

Elle insiste par ailleurs sur le fait que le facteur temps demeure en l'espèce crucial, dans le sens où l'intervention du conciliateur d'entreprise se doit d'être rapide. Il ne faudrait pas en effet que le temps que le dossier soit instruit, l'expert nommé et les informations analysées, la société soit déjà tombée en faillite.

Enfin, elle s'interroge sur le fait de savoir comment le conciliateur sera rémunéré.

B) L'accord amiable

Le projet d'article 11 énonce la faculté, pour le débiteur, de proposer à tous ses créanciers ou à deux ou plusieurs d'entre eux un accord amiable visant à l'assainissement de sa situation financière ou à la réorganisation de son entreprise.

La Chambre des Métiers se félicite de cette disposition, reconnaissant de fait que le sauvetage d'une entreprise en difficulté se réalise souvent de manière discrète, par voie de négociation d'accords conclus avec les créanciers, accords ayant pour but de réaménager le passif du débiteur.

Elle approuve par ailleurs le fait que l'intérêt du créancier, dans le sens où les arrangements négociés ne seront pas remis en cause même en cas de faillite postérieure, ait été préservé.

Elle marque ainsi son accord avec l'objectif de l'alinéa 4 qui énonce que l'accord doit préciser, pour éviter toute discussion postérieure, qu'il est conclu dans le but visé par le premier alinéa de l'article 11 et déposé au secrétariat du Comité de conjoncture, qui tiendra un registre de ces accords.

2.1.2.3. *La réorganisation judiciaire*

La procédure de réorganisation judiciaire a pour but de préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie de l'entreprise en difficulté ou de ses activités.

Elle permet d'accorder un sursis au débiteur en vue:

- soit de permettre la conclusion d'un accord amiable extrajudiciaire,
- soit d'obtenir l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation,
- soit de permettre le transfert sous autorité de justice, à un ou plusieurs tiers, de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités,

et marque son accord tant avec ces principes généraux qu'avec le fait que lesdits différents objectifs puissent être combinés, puisqu'il est prévu qu'une entreprise ayant diverses activités pourra envisager un transfert pour une activité et un plan de réorganisation pour le reste.

La requête en réorganisation judiciaire et la procédure subséquente

Aux termes du projet d'article 13, il est prévu que le débiteur qui sollicite l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire adresse une requête au tribunal.

La Chambre des Métiers se félicite du fait que l'initiative soit laissée au débiteur, de sorte que le chef d'entreprise ne se retrouve pas contre son gré placé „sous tutelle“.

En ce qui concerne les documents à adjoindre à la requête, elle constate qu'une distinction est faite entre les pièces nécessairement en possession du débiteur (et pour lesquelles il est aisé pour le greffier de vérifier la présence sans examen approfondi) et celles plus délicates à obtenir (situation comptable, prévision d'encaissements, liste complète des créanciers, etc.), pour lesquelles un délai de 14 jours supplémentaires est laissé au débiteur.

Si elle est d'accord avec cette distinction, elle attire néanmoins l'attention des auteurs sur la nécessité, en pratique, que soient respectées les dispositions du projet d'article 13 (3), à savoir que „dans les vingt-quatre heures du dépôt de la requête, le greffier [devra en aviser] le Ministère public, qui pourra assister à toutes les opérations de la procédure“, et ce même si les pièces bénéficiant d'un délai quant au dépôt n'ont pas été encore fournies.

En effet, si une telle démarche n'était pas respectée en pratique, l'intérêt de la distinction envisagée quant aux pièces, et visant à agir de manière efficace et rapide, serait complètement dénuée d'intérêt.

Par ailleurs, il est prévu que dès le dépôt de la requête, le magistrat présidant la chambre du tribunal désigne un juge délégué pour faire un rapport au tribunal saisi de l'affaire sur la recevabilité et le fondement de la demande, ainsi que sur tout élément utile à son appréciation.

Le juge délégué entend alors le débiteur et toute autre personne dont il estime l'audition utile à son enquête et note qu'un dossier relatif à la réorganisation judiciaire, où figurent tous les éléments relatifs à cette procédure et au fond de l'affaire, sera tenu au greffe.

Ainsi, et d'une manière générale, la Chambre des Métiers approuve les modalités de requête en réorganisation judiciaire et la procédure subséquente, qui semblent plus aisées en pratique que celles existantes et relatives à la gestion contrôlée, dont la lourdeur est indéniable (examen de la requête, réunion du tribunal en Chambre du Conseil, placement de la gestion du patrimoine sous le contrôle d'un ou plusieurs commissaires, établissement soit d'un projet de réorganisation du commerce, soit d'un projet de répartition et de réalisation de l'actif, etc.).

Elle souhaiterait néanmoins que des coûts de procédure raisonnables soient assurés, afin que son efficacité ne soit pas entachée.

Enfin, la Chambre des Métiers marque son accord avec la précision opérée par le projet d'article 18 qui énonce que „tant que le tribunal n'a pas statué sur la requête en réorganisation judiciaire, que l'action ait été introduite ou la voie d'exécution entamée avant ou après le dépôt de la requête:

- le débiteur ne peut être déclaré en faillite et, dans le cas d'une société, celle-ci ne peut non plus être dissoute judiciairement [et],
- aucune réalisation de biens meubles ou immeubles du débiteur ne peut intervenir à la suite de l'exercice d'une voie d'exécution“.

En effet, elle estime qu'il est nécessaire qu'aucune mesure de faillite ou de dissolution judiciaire qui pourrait mettre en danger le sursis ne puisse être prise avant que le tribunal ne rende son jugement.

Par ailleurs, si, à la lecture des commentaires de l'article 18, elle comprend qu'il n'y aura aucune mesure de publicité afin d'éviter toutes conséquences négatives éventuelles sur le crédit dont peut bénéficier le débiteur, la Chambre des Métiers se demande s'il ne serait pas judicieux d'intégrer cette précision dans le texte-même de la loi.

Les conditions d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire

Il est prévu par le projet d'article 19 que la procédure de réorganisation judiciaire est ouverte dès que la continuité de l'entreprise est menacée, à bref délai ou à terme, et qu'une requête en ce sens a été déposée.

La Chambre des Métiers se félicite de la facilité d'ouverture de la procédure, une menace sur la continuité de l'entreprise étant une raison nécessaire et suffisante à son déclenchement.

Elle approuve également la restriction mise en place pour éviter les procédures à répétition dans un but abusif, restriction visant à indiquer qu'un débiteur qui a déjà demandé et obtenu un sursis ne peut plus le demander dans un délai de trois ans, sauf s'il s'agit de demander le transfert total ou partiel de l'entreprise ou de ses activités.

En ce qui concerne la notion de „continuité“ de l'entreprise, elle relève qu'à l'alinéa 3 du projet d'article 19, il est énoncé 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“*.

Notant ici le parallèle effectué avec l'article 100 de la loi de 1915 sur les sociétés commerciales, qui dispose que *„sauf dispositions plus rigoureuses des statuts, en cas de perte de la moitié du capital social, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, 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“*. La Chambre des Métiers approuve cette approche.

Le jugement sur la requête en réorganisation judiciaire et ses suites

Il est prévu que le tribunal procède à l'examen de la requête en réorganisation judiciaire dans les dix jours de son dépôt au greffe.

La Chambre des Métiers se félicite de cette rapidité, de la même manière qu'elle marque son accord avec le fait que le délai du sursis soit de six mois maximum. Elle estime en effet qu'un délai plus long aurait des effets pervers, faisant ainsi peser sur les créanciers un poids trop important pouvant avoir des effets néfastes sur l'économie.

En effet, un délai trop long pourrait se répercuter négativement sur la situation financière des entreprises créancières, le fait de vouloir aider une entreprise pouvant aboutir à en mettre une autre, à la base saine, en péril.

Par ailleurs, la Chambre des Métiers approuve la possibilité, envisagée par le projet d'article 22, pour le débiteur qui en fait la demande, de se voir adjoindre un mandataire de justice pour l'assister dans sa réorganisation judiciaire s'il le souhaite.

Néanmoins, relativement au fait *„qu'une même demande [puisse] être faite par un tiers qui y a un intérêt“*, faute de précisions faites quant à l'identité du tiers en question, elle manifeste son désaccord avec cette disposition.

Les effets de la décision de réorganisation

Aux termes du projet d'article 25, *„aucune voie d'exécution des créances sursitaires ne peut être poursuivie ou exercée sur les biens meubles ou immeubles du débiteur au cours du sursis“* et *„pendant la même période, le débiteur qui a la qualité de commerçant ne peut pas être déclaré en faillite et dans le cas d'une société celle-ci ne peut pas être dissoute judiciairement“*.

La Chambre des Métiers approuve cette approche qui consiste à éviter que des voies d'exécution puissent ruiner toute chance d'arriver à une solution pour l'entreprise concernée.

En ce qui concerne le projet d'article 28, qui énonce que *„le sursis ne fait pas obstacle au paiement volontaire de créances sursitaires par le débiteur“*, la Chambre des Métiers considère que la précision donnée par les commentaires du texte, qui indiquent que *„le débiteur peut, s'il en retire un avantage, volontairement régler certaines créances **mais seulement si cela ne met pas en péril l'entreprise ou si cela n'est pas frauduleux**“* devrait également, dans un souci de clarté, figurer dans le texte.

Prorogation du sursis

D'une manière générale, et dans un souci d'efficacité, la Chambre des Métiers est d'avis qu'il est nécessaire de s'assurer que le laps de temps s'écoulant entre le dépôt de la requête et la fin de la procédure ne soit pas trop long.

Néanmoins, elle comprend qu'une prorogation du sursis puisse parfois être utile et/ou nécessaire, eu égard à la complexité et/ou la particularité de certaines situations.

Au sujet du projet d'article 33, elle note que le second alinéa du paragraphe (1) prévoit que *„la durée maximale du sursis ainsi prorogé ne peut excéder douze mois à compter du jugement accordant le sursis“*.

Le paragraphe (2) du même article envisage quant à lui que „dans des circonstances exceptionnelles et si les intérêts des créanciers le permettent, ce délai peut cependant être prorogé de maximum six mois“.

Si elle approuve ces dispositions, la Chambre des Métiers est d'avis que, dans un souci de clarté et de compréhension, il serait judicieux que soient révélées des informations apparaissant dans les commentaires de l'article, de sorte que le paragraphe (2) prenne la formulation suivante: „Dans des circonstances exceptionnelles et si les intérêts des créanciers le permettent, ce délai peut cependant être prorogé une nouvelle fois de six mois, pouvant ainsi atteindre un maximum de dix-huit mois.“.

Elle relève enfin une erreur de forme au dernier point du projet d'article 33, celui-ci devant être formulé comme suit: „Les décisions rendues en vertu du présent article ne sont susceptibles ni d'opposition ~~ou~~ ni d'appel.“.

A) L'accord amiable extrajudiciaire

Le projet d'article 38 ne distingue pas entre une procédure visant à obtenir un accord amiable hors procédure judiciaire ou dans le cadre d'une procédure judiciaire. La Chambre des Métiers considère que le texte gagnerait en clarté si cette distinction était opérée.

Elle prend acte du fait que le susdit article vise uniquement à prévoir 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 pour l'assister.

Enfin, elle marque son accord avec le fait que, „sur requête du débiteur, le tribunal peut octroyer des délais modérés visés à l'article 1244 du Code Civil“ puisque cette disposition vise à appréhender une situation où un débiteur se heurterait à la résistance de ses créanciers à ses propositions.

B) L'accord collectif

Aux termes du projet d'article 39, „lorsque la procédure de réorganisation judiciaire a pour objectif d'obtenir l'accord des créanciers sur un plan de réorganisation, le débiteur dépose un plan au greffe au moins quatorze jours avant l'audience [...]“.

La Chambre des Métiers, qui prône une procédure rapide et efficace, approuve la brièveté du délai envisagé.

Par ailleurs, elle note que le projet d'article 41 détaille les principales dispositions en matière de contestation des créances. Si elle ne désapprouve pas son contenu, elle se demande, relativement au paragraphe (3) dudit projet d'article, qui prévoit que „si la contestation relève de sa compétence mais que la décision sur la contestation pourrait ne pas intervenir dans un délai suffisamment bref, le tribunal peut également déterminer ce montant et cette qualité“, s'il ne serait pas judicieux que la notion de „suffisamment bref“, qu'elle estime floue, soit explicitée.

De surcroît, la Chambre des Métiers marque son accord avec le délai d'exécution du plan de réorganisation qui, selon le projet d'article 47, ne peut dépasser cinq années à compter de son homologation. Elle estime en effet que cette durée, qui *a priori* peut paraître longue, est néanmoins nécessaire en présence de projets de redressements très ambitieux.

En ce qui concerne l'approbation du plan régie par le projet d'article 49, elle félicite les auteurs quant à l'insertion de la disposition selon laquelle „les créanciers qui n'ont pas participé au vote et les créances qu'ils détiennent ne sont pas pris en compte pour le calcul des majorités“. En effet, ce principe, différent de celui présent dans la gestion contrôlée, va selon elle dans le sens d'une simplification des procédures.

Enfin, et dans la même lignée, la Chambre des Métiers salue le projet d'article 53, qui énonce tant le fait que „tout créancier peut, par citation du débiteur, demander la révocation du plan de réorganisation lorsqu'il n'est pas ponctuellement exécuté, ou lorsqu'il démontre qu'il ne pourra pas en être autrement et qu'il en subira un préjudice“ que celui selon lequel „le ministère public peut demander la révocation de la même manière lorsqu'il constate l'inexécution de la totalité ou d'une partie du plan“, et ce dans la mesure où cela constitue une innovation face à l'actuelle législation relative à la gestion contrôlée.

En effet, l'exécution d'un plan ne faisant à ce jour l'objet d'aucun suivi, la Chambre des Métiers approuve cette prise d'initiative.

C) Le transfert sous autorité de justice

Aux termes du projet d'article 54, la Chambre des Métiers constate qu'il est prévu que le transfert sous autorité de justice de tout ou partie de l'entreprise ou de ses activités puisse être ordonné par le tribunal en vue d'assurer leur maintien lorsque le débiteur y consent dans sa requête en réorganisation judiciaire ou ultérieurement au cours de la procédure. Cette approche trouve l'approbation de la Chambre des Métiers.

Elle prend également acte du fait que ce même transfert puisse également être ordonné sur citation du procureur d'Etat ou assignation d'un créancier ou „*de toute personne ayant intérêt à acquérir tout ou partie de l'entreprise*“.

Sur ce dernier point, elle attire l'attention des auteurs sur l'importance de cette disposition et sur la prudence qu'il conviendra d'adopter en pratique, notamment afin d'éviter qu'un concurrent ne puisse agir en étant uniquement motivé par le souci de diminuer la concurrence.

2.2. La dissolution administrative sans liquidation

La Chambre des Métiers rappelle que de nombreuses sociétés en faillite étant complètement dépourvues d'actif, ou ayant même parfois déjà cessé leur activité depuis un certain moment, les clôtures de faillite pour absence, voire insuffisance d'actifs, ne cessent de croître, engendrant une charge administrative conséquente pour les tribunaux et des coûts importants pour l'Etat.

Il en est de même des procédures de liquidation judiciaire qui trouvent souvent leur origine dans des manquements répétés au droit des sociétés (absence de siège social, défaut de dépôt des comptes annuels, etc.).

Envisager l'introduction d'un mécanisme permettant d'éliminer des „coquilles vides“ en un court laps de temps et avec des coûts réduits pour l'Etat était donc en ce sens devenu impératif.

2.2.1. Les cas d'ouverture

Il est relevé que le projet d'article 69 énonce les cas d'ouverture de la procédure de dissolution administrative sans liquidation.

A ce sujet, la Chambre des Métiers salue le fait qu'il soit indiqué une *possibilité*, pour le Procureur d'Etat, d'initier une telle procédure, et non une obligation.

Elle note en outre qu'il apparaît qu'une telle procédure puisse frapper „*toute société commerciale qui rentre dans le champ d'application de l'article 437 du Code de commerce, qui n'a pas de salariés déclarés auprès du Centre commun de la sécurité sociale et dont l'actif ne dépasse pas le seuil fixé par règlement grand-ducal*“, mais également „*toute société commerciale qui rentre dans le champ d'application de l'article 203 paragraphe 1 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, qui n'a pas de salariés déclarés auprès du Centre commun de la sécurité sociale et dont l'actif ne dépasse pas le seuil précité*“.

La Chambre des Métiers constate ainsi que sont visées les sociétés qui remplissent les conditions d'ouverture de la faillite prévues à l'article 437 du Code de commerce ou celles qui poursuivent des activités contraires à la loi pénale ou qui contreviennent gravement aux dispositions du Code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris en matière de droit d'établissement.

Si elle regrette vivement qu'un projet du susdit règlement grand-ducal fixant un tel seuil ne lui ait pas été simultanément soumis pour avis, elle approuve néanmoins l'idée du principe d'une dissolution sans liquidation, visant à l'évacuation de „coquilles vides“.

En effet, elle a conscience du fait qu'en pratique, les faillites et liquidations remplissant les conditions susvisées causent un encombrement conséquent des tribunaux, une surcharge de travail pour le Parquet, les greffes et juges et des coûts importants.

Elle sait également qu'il est impossible d'évacuer chaque faillite ou liquidation dépourvue d'actif par ce mécanisme simplifié, certaines tâches obligatoires en matière de faillites et de liquidations

demandant un certain travail et/ou une certaine qualification (tel est le cas par exemple lorsqu'il existe des salariés).

Ainsi, la Chambre des Métiers approuve l'idée selon laquelle il appartiendra au Procureur d'Etat d'effectuer un tri afin de décider quelle société passera par la procédure simplifiée et quelle autre suivra la voie „normale“.

En ce qui concerne le constat d'absence d'actif, il est relevé, aux termes du projet d'article 71, que *„l'absence d'actif est présumée si un procès-verbal de carence a été dressé par un huissier de justice dans le cadre d'une procédure d'exécution à l'encontre d'une société commerciale“*.

Si elle marque son accord avec cette disposition, puisqu'elle estime qu'un tel procès-verbal témoigne en principe du fait qu'il n'y a plus de siège social, ni d'activité, la Chambre des Métiers est néanmoins d'avis qu'il est nécessaire de préciser dans le texte, tel que cela ressort des commentaires, que cette présomption est une présomption simple.

2.2.2. La procédure

Aux termes du projet d'article 72, il est prévu que *„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 [...]“*. La décision formelle d'ouverture est donc prise par ses soins.

Il apparaît qu'il exerce également une mission de vérification qui a pour objet de confirmer l'absence d'actif.

Si la Chambre des Métiers approuve le nouveau rôle donné par le texte au Registre de Commerce et des Sociétés, elle suggère également que soit envisagée la possibilité pour ce dernier d'opérer un „screening“ à la date limite du dépôt de bilan (contrôle informatisé de l'ensemble des entreprises inscrites) et d'adresser une mise en demeure à ces entreprises, leur accordant par exemple un délai supplémentaire de six semaines. En cas de non-dépôt dans ce délai, le Registre de Commerce et des Sociétés pourrait alors ainsi appliquer une dite dissolution d'office.

2.3. Le volet répressif

2.3.1. La décriminalisation de la banqueroute

La Chambre des Métiers rappelle qu'en droit de la faillite, le Luxembourg distingue entre les sanctions pénales et les sanctions civiles. Parmi les sanctions pénales peuvent être cités la banqueroute simple, la banqueroute frauduleuse, l'escroquerie, l'abus de confiance ainsi que les dispositions pénales de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales.

Selon l'article 573 du Code de commerce, *„sera déclaré **banqueroutier simple** 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“.*

*A l'inverse, l'article 577 énonce quant à lui que „sera déclaré **banqueroutier frauduleux**, 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“.*

Si ces procédures sont efficaces lorsqu'elles sont appliquées, force est de constater que, faute de moyens, le nombre de cas poursuivis reste moindre.

Pour ce qui a trait particulièrement à la banqueroute frauduleuse, actuellement qualifiée de crime, la difficulté tient de surcroît au fait que l'ouverture d'une instruction est obligatoire, ce qui ralentit et alourdit davantage la procédure pénale.

Afin de permettre aux autorités judiciaires de poursuivre plus efficacement ces infractions et de dissuader les gens malintentionnés, il est prévu que l'article 438 du Code de Commerce soit modifié, ce que la Chambre des Métiers salue fortement.

En effet, aux termes de l'article 86 du projet sous avis, il n'y aura plus de distinction entre banqueroute frauduleuse et banqueroute simple: il n'y aura qu'une seule banqueroute, qualifiée de délit.

La Chambre des Métiers souhaiterait en outre que soit formellement prévu dans le texte que les délits de banqueroute peuvent non seulement être commis par les commerçants et dirigeants de droit des sociétés commerciales, mais également par les dirigeants de fait de sociétés.

2.3.2. L'action en comblement de passif

La Chambre des Métiers note que le projet envisage la modification de l'article 495-1 du Code de Commerce, relatif à l'action en comblement de passif.

Cet article dispose à ce jour que *„lorsque la faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du curateur, que les dettes doivent être supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait apparents ou occultes, rémunérés ou non, à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite“*.

Si elle est d'accord avec le fait que la mise en oeuvre de cette action est extrêmement difficile, dans la mesure où il est nécessaire de prouver *„des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite“* de la part du ou des dirigeants, elle n'est néanmoins pas d'accord avec la proposition envisagée de poser comme suffisante toute faute de gestion afin que soit engagée la responsabilité du ou des dirigeants concernés. Le critère est ici trop large.

En effet, elle estime qu'une faute de gestion doit pouvoir être permise sans que cette sanction ne puisse être infligée, faute de quoi l'esprit même d'entreprise ne serait pas favorisé et découragerait de futurs entrepreneurs à franchir le pas.

Elle est néanmoins d'accord avec le fait que soit également donnée au Parquet la possibilité d'engager une action en comblement de passif.

2.3.3. L'interdiction d'exercer le commerce

Dans le même ordre d'idées, la Chambre des Métiers note qu'il est prévu que soit modifié l'article 444-1 du Code de commerce, relatif à l'interdiction d'exercer le commerce.

A ce jour il est en effet prévu que *„si le failli ou les dirigeants de droit ou de fait, associés ou non, apparents ou occultes, rémunérés ou non, d'une société déclarée en état de faillite, qu'ils soient en fonctions ou retirés de la société au moment de la déclaration en faillite, ont contribué à la faillite par une faute grave et caractérisée, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale qui a prononcé la faillite ou, en cas de faillite prononcée à l'étranger, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale, 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“*.

Le projet sous avis envisage là encore de remplacer la notion de „faute grave et caractérisée“ par celle de „faute de gestion“.

La Chambre des Métiers réitère en l'espèce les remarques par elle formulées ci-dessus au sujet de l'action en comblement de passif, adoptant ainsi la même logique et la même appréciation: la notion de „faute de gestion“ est estimée beaucoup trop large.

2.4. Les autres dispositions

En ce qui concerne la modification de l'article 504 du Code de commerce envisagée, la Chambre des Métiers s'interroge quant à savoir si, à l'alinéa 4, la référence à la „formation du concordat“ a

encore lieu d'être. Tel est également le cas de la référence à la notion de „commissaires à la gestion contrôlée“ au projet d'article 89.

Par ailleurs, à l'alinéa 1 du nouvel article 507-1 du Code de commerce, elle suggère que soit employée la formulation suivante: „*au cas où l'actif ne sera serait pas suffisant pour payer [...]*“.

2.4.1. La communication des protêts

La Chambre des Métiers note qu'il est prévu par le projet d'article 88 que, „*dans les dix premiers jours de chaque mois, les receveurs de l'enregistrement envoient 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 à la Chambre des Métiers un tableau des protêts des lettres de change acceptées et des billets à ordre enregistrés dans le mois précédent*“.

Dans la mesure où ces informations sont susceptibles d'intéresser fortement ses ressortissants, la Chambre des Métiers accueille favorablement cette disposition, de même que la suggestion de diffusion via les chambres professionnelles.

Elle rappelle par ailleurs avoir déjà exprimé un avis favorable sur le sujet dans un avis rendu par elle en date du 20 octobre 2003 relativement au projet de loi n° 5157.

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

2.4.2. Les avances aux actionnaires

Le projet d'article 92 prévoit une interdiction de procéder à des avances aux actionnaires. En effet, il a pu être constaté qu'une telle pratique avait souvent pour effet de vider la société de sa substance, les fondateurs s'accordant des sortes de prêts sans intérêts sous forme d'avances.

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*“.

2.4.3. Certaines dispositions propres aux curateurs

2.4.3.1. La modification de l'article 479 du Code de commerce

Aux termes de l'actuel article 479 du Code de commerce, „*les curateurs rechercheront et recouvreront, sur leurs quittances, toutes les créances ou sommes dues au failli. Les deniers provenant des ventes et recouvrements faits par les curateurs seront, sous la déduction des sommes arbitrées par le juge-commissaire, versés à la caisse des consignations dans les huit jours de la recette. En cas de retard, les curateurs devront les intérêts commerciaux des sommes qu'ils n'auront pas versées, sans préjudice à l'application des articles 459 et 462*“.

La Chambre des Métiers comprend, à la lecture des commentaires, que le projet sous avis a été adapté à la pratique, ce qu'elle approuve.

En effet, elle note qu'est formalisé dans le texte projeté le fait que, lorsque les curateurs et liquidateurs récupèrent de l'actif, ils ouvrent un compte-tiers au nom de la faillite auprès d'un établissement bancaire luxembourgeois.

En cas d'actif suffisant pour payer les frais de publication, le curateur peut demander une avance au juge-commissaire et peut effectuer un prélèvement sur l'actif recueilli.

Afin de pouvoir contrôler le dépôt régulier de l'actif, de vérifier la continuité de ce dépôt et l'éventuelle genèse d'intérêts, le juge-commissaire peut demander les extraits bancaires au curateur.

La Chambre des Métiers marque son accord avec ces dispositions facilitant l'activité des curateurs.

2.4.3.2. *L'insertion d'un nouvel article 487-1 dans le Code de commerce*

Le projet d'article 487-1 entérine en partie une pratique déjà existante auprès des tribunaux, c'est-à-dire celle pour le curateur de demander, déjà en cours de route et avant que la faillite ne soit clôturée, une avance sur ses frais.

Dans la mesure où cette disposition vient explicitement permettre au curateur de ne plus devoir avancer ses frais (de publication par exemple) la Chambre des Métiers salue cette disposition.

Par ailleurs, elle approuve également le projet d'alinéa 3 du nouvel article 487-1, qui prévoit que „dans le cas des faillites dépourvues d'actif mais dans le cadre desquelles des déclarations salariales doivent être traitées, le curateur reçoit un supplément forfaitaire par nombre de déclarations salariales traitées, sans pouvoir dépasser le plafond fixé par règlement grand-ducal portant sur les honoraires des curateurs en cas d'absence d'actif“.

En effet, il a été constaté que souvent, des faillites sont complètement dépourvues d'actif, mais qu'il y a un nombre important de salariés.

Dans la mesure où l'évacuation de déclarations salariales constitue une charge supplémentaire pour chaque curateur, la Chambre des Métiers estime qu'il est légitime de procéder à une adaptation de leurs honoraires dans ces cas d'espèces.

Sous réserve de la prise en considération de ses remarques ci-avant formulées, la Chambre des Métiers approuve le projet de loi lui soumis pour avis.

Luxembourg, le 10 octobre 2013

Pour la Chambre des Métiers,

Le Directeur Général,
Paul ENSCH

Le Président,
Roland KUHN