CHAMBER OF COMMERCE LUXEMBOURG
POWERING BUSINESS

Luxembourg, le 8 février 2023

Objet : Projet de loi n°6539A[1] 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° le livre II, titre IX, chapitre II, section Ière du Code pénal ;
3° les articles 257 et 555 du Nouveau Code de Procédure civile ;
4° la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ;
5° la loi uniforme modifiée sur les lettres de change et billets à ordre, telle qu'elle a été introduite dans la législation nationale par la loi du 8 janvier 1962 ;
6° la loi modifiée du 7 juillet 1971 portant, en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes, de conciliateurs d'entreprise et mandataires de justice assermentés et complétant les dispositions légales relatives à l'assermentation des experts, traducteurs et interprètes ;
7° la loi modifiée du 23 juillet 1991 sur le budget, la comptabilité et la trésorerie de l'Etat ;
8° la loi modifiée du 8 juin 1999 sur le budget la comptabilité et la trésorerie de l'Etat ;
9° 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 ;
10° la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière. - Amendements parlementaires. (4095terSMI)

Auto-saisine

Deuxième avis complémentaire de la Chambre de Commerce

Le projet de loi n°6539 a pour objet de mettre en œuvre un certain nombre de mesures et d'instituer de nouvelles procédures afin de favoriser la préservation des entreprises et moderniser le droit de la faillite.

Ce projet de loi a, depuis son dépôt auprès de la Chambre de Députés le 1er février 2013, connu une histoire longue et semée de péripéties.

Le projet de loi initial avait été avisé par la Chambre de Commerce par un avis en date du 2 décembre 2013[2].

Suite aux nombreux commentaires et observations formulés par les différentes institutions consultées dans le cadre de ce projet de loi, ce dernier a fait l'objet d'une première salve d'amendements en date du 6 mars 2018.

Ces amendements ont été avisés par la Chambre de Commerce en date du 6 mars 2019[3].

---

[1] Lien vers le projet de loi sur le site de la Chambre des Députés
[2] Avis 4095TAN/PEM de la Chambre de Commerce du 2 décembre 2013
[3] Avis 4095bisPEM de la Chambre de Commerce du 6 mars 2019

Suite aux différents avis émis en rapport avec ces amendements, le projet a encore fait l'objet d'une série d'amendements le 22 juillet 2021 afin de scinder le projet en deux parties :

- Le projet de loi n°6539A, objet du présent avis, et

- Le projet de loi n°6539B portant création de la procédure de dissolution administrative sans liquidation.

Cette scission du projet était notamment motivée par la volonté de permettre une adoption rapide du projet de loi n°6539B concernant la création de la procédure de dissolution administrative. Celui-ci a entretemps été voté et a donné lieu à la loi du 28 octobre 2022 portant création de la procédure de dissolution administrative sans liquidation,

Le projet de loi n°6539A a quant à lui fait l'objet de nouveaux amendements parlementaires adoptés le 15 mars 2022.

A titre préliminaire, la Chambre de Commerce regrette ne pas avoir été saisie pour avis des présents amendements parlementaires concernant ce projet de loi hautement important pour l'ensemble de ses ressortissants.

En outre, la Chambre de Commerce déplore qu'il aura *in fine* fallut près de 10 années pour pouvoir aboutir à cette réforme du droit des procédures collectives que tout le monde appelait pourtant de ses vœux en raison du caractère archaïque et inadapté aux exigences modernes du commerce de notre régime actuel de faillites.

Les amendements parlementaires sous avis présentent un double objectif : (i) faire droit à un certain nombre de commentaires émis par les différentes institutions consultées, et (ii) transposer la directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive (ci-après la « Directive (UE) 2019/1023 » ou la « Directive »)).

En bref

- La Chambre de Commerce salue l'ensemble des modifications apportés en matière de responsabilité des dirigeants de sociétés faillies. Le maintien des textes en la matière dans leur rédaction actuelle permettra de renforcer la sécurité juridique des dirigeants tout en permettant de distinguer les dirigeants honnêtes des dirigeants malhonnêtes qui, eux, pourront être sanctionnés.

- La Chambre de Commerce regrette cependant que les amendements parlementaires ne soient pas allés plus loin en matière de seconde chance, notamment en supprimant la condamnation d'office pour banqueroute simple de tout dirigeant qui n'aura pas fait aveu de la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois.

- La mise en place d'une vraie seconde chance au Luxembourg devrait selon la Chambre de Commerce se faire conjointement avec la réforme du droit d'établissement en cours, en supprimant le postulat selon lequel « *l'accumulation de dettes importantes auprès des créanciers publics dans le cadre d'une faillite ou liquidation judiciaire prononcées* » constitue d'office un manquement qui affecte l'honorabilité professionnelle du dirigeant.

- Elle déplore également un volet préventif insuffisant et inadapté aux réalités économiques du paysage économique national essentiellement constitué de TPE et PME, pour lesquelles les procédures de réorganisation amiable et judiciaires introduites présentent peu d'intérêt.

- La Chambre de Commerce aurait également souhaité que le volet préventif s'appuie davantage sur les initiatives et compétences d'ores et déjà présentes et notamment sur les chambres professionnelles et les solutions qu'elles ont développé en la matière afin de permettre une action globale, directe, rapide, gratuite et de proximité avec les entreprises.

- Finalement la Chambre de Commerce estime que le présent projet de loi aurait dû constituer l'occasion de réflexions et d'avancées majeures dans la digitalisation des procédures ou le renforcement des exigences en matière de formation des curateurs, ce qui n'est malheureusement pas le cas.

Table des matières

Contexte 5
I) Une réforme nécessaire 5
II) La Directive (UE) 2019/1023 6
A) La restructuration préventive 6
B) La remise de dettes et la seconde chance 7
C) L'efficacité renforcée des procédures 8
Considérations générales 8
I) L'amélioration des dispositions du projet de loi en matière de responsabilité 8
A) un pas en arrière bienvenu en matière de responsabilité des dirigeants…. 8
1) Le rétablissement des articles 444-1 et 495-1 du Code de commerce dans leur version actuelle 9
2) Le rétablissement de l'article 109 de l'Abgabenordnung dans sa version actuelle 10
B) ….. un pas en avant salué en matière de seconde chance mais cependant insuffisant 10
1) Une procédure de remise de dettes limitée aux commerçants personnes physiques 10
2) Le regrettable maintien de la condamnation pour banqueroute simple de tout dirigeant qui n'aurait pas fait aveu de la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois 11
II) Un volet préventif insuffisant 12
A) Suppression du rôle attribué au comité de conjoncture 12
B) Un système préventif inadapté aux réalités du paysage économique national 13
C) Un volet préventif qui ne s'appuie pas sur les chambres patronales et les solutions déjà existantes 15
III) Quid d'une réelle seconde chance ? 17
A) Une notion intimement liée à la législation en matière de droit d'établissement 17
B) La problématique de l'atteinte présumée à l'« honorabilité professionnelle » en cas de dettes vis-à-vis des créanciers publics 18
C) La problématique de la condamnation à la banqueroute simple en cas d'aveu tardif 19
IV) L'occasion manquée de digitaliser davantage les procédures 20
V) Vers une « professionnalisation » de la fonction de curateur ? 20
Commentaires des amendements 22
Remarques préliminaires 22

* * *

Contexte

I) Une réforme nécessaire

L'importance de disposer d'une loi sur les faillites adaptée à la réalité économique au Grand-Duché de Luxembourg et la nécessité d'un mécanisme adéquat de prévention appuyant les entrepreneurs en difficulté a été soulignée à maintes reprises par la Chambre de Commerce.

En 2021, le nombre d'entreprises déclarées en faillite s'élevait à 1199. Pour le 1er semestre 2022, 511 faillites avaient été prononcées, laissant présager au minimum un maintien des chiffres, certains acteurs anticipant même une augmentation des faillites face à la flambée des coûts notamment énergétiques pour les entreprises[4].

Les procédures d'insolvabilité, la prévention des faillites ainsi que l'octroi d'une deuxième chance sont examinées régulièrement par de nombreuses organisations internationales. A titre d'exemple, dans le *2019 SBA Fact Sheet & Scoreboard* de la Commission européenne, le Luxembourg occupait le 26e rang au sein de l'Union européenne dans la catégorie de la deuxième chance.[5] Depuis 2008, la performance du Luxembourg concernant l'indicateur de la « deuxième chance » se dégrade constamment et la Commission européenne a d'ores et déjà fait remarquer au Luxembourg en 2016 que la réforme des procédures d'insolvabilité était plus que nécessaire afin de pouvoir diminuer le coût et la durée des procédures.[6]

De plus, le *SBA Fact Sheet* de la Commission européenne souligne qu'au Luxembourg, la peur de l'échec dépasse largement la moyenne de l'Union européenne avec un des taux les plus élevés au sein de l'Union européenne. Ainsi, une procédure d'insolvabilité performante et moderne n'est pas seulement nécessaire pour augmenter l'attractivité du pays à travers de meilleurs classements internationaux, mais aussi et surtout pour diminuer la peur de l'échec (qui ne cesse d'augmenter) et permettre aux entrepreneurs qui ont échoué d'oser lancer une nouvelle activité entrepreneuriale.

Une réforme moderne de notre législation en matière de faillites s'avère donc indispensable. L'absence d'une telle législation fait en effet hésiter de potentiels entrepreneurs alors que l'économie luxembourgeoise a besoin de l'entrepreneuriat en tant qu'élément moteur de son dynamisme.

En outre, la délicate période que nous avons traversé ces dernières années, suivie de l'inflation que nous connaissons actuellement ont mis en évidence les difficultés de nombreuses entreprises et le caractère inadapté de notre régime actuel de faillite, qui est uniquement curatif et ne propose que peu de procédures de réorganisation.

La législation luxembourgeoise sur les faillites est aujourd'hui clairement en retard sur la plupart des législations des autres Etats membres de l'Union européenne qui ont récemment fait l'objet de réformes.

Au Luxembourg, les seuls « outils » pouvant actuellement être offerts aux entreprises en difficulté (le concordat avant ou post-faillite, la gestion contrôlée et le sursis) sont en effet des processus lourds et complexes, largement sous-utilisés, ne parvenant pas à toucher les petites entreprises qui constituent pourtant la majeure partie du tissu économique luxembourgeois.

---

[4] Selon Creditreform, "Le spectre d'une flambée des faillites l'hiver prochain », article paru dans Paperjam le 27/07/2022
[5] Commission européenne, 2019 SBA Fact Sheet & Scoreboard, page 12
[6] Commission européenne, 2017, 2016 SBA Fact Sheet – Luxembourg

Dans ce cadre, l'adoption rapide du projet de loi sous avis devrait dès lors constituer une priorité.

Si une réforme du droit de la faillite à Luxembourg s'avère donc plus que nécessaire et bénéficie de tout le soutien de la Chambre de Commerce, celle-ci s'était néanmoins montrée critique à l'égard des versions successives du Projet de loi qui lui ont été soumises pour avis dans le cadre de la procédure législative, regrettant notamment un volet préventif trop peu développé ainsi qu'un volet répressif beaucoup trop sévère à l'encontre des dirigeants sociaux de bonne foi.

A la lumière de la récente Directive (UE) 2019/1023, le projet a été amendé dans ce sens par les présents amendements parlementaires, ce que la Chambre de Commerce salue.

II) La Directive (UE) 2019/1023

La Directive (UE) 2019/1023, qui devait être transposée pour le 21 juillet 2021, a pour objectif d'harmoniser *a minima* le droit des entreprises en difficultés dans l'Union européenne afin de tenter de gommer les disparités qui pourraient exister entre les différentes législations nationales.

Sans créer un droit commun des procédures de restructuration et d'insolvabilité eu égard aux différences importantes entre les cadres juridiques des pays de l'Union, l'harmonisation envisagée vise surtout à assurer des solutions favorisant la poursuite de l'activité des entreprises en difficultés et à éviter les liquidations « d'entreprises viables », et non pas de créer un droit de la restructuration et de l'insolvabilité uniforme.

La Directive (UE) 2019/1023 s'articule autour de trois axes principaux (i) les restructurations préventives, qui concentrent la majorité des dispositions, (ii) les remises de dettes et déchéances et (iii) les mesures visant à améliorer l'efficacité des procédures en matière de restructuration, en limitant surtout leur durée.

A) La restructuration préventive

L'objectif de la Directive (UE) 2019/1023 est de favoriser la détection rapide des circonstances dont pourraient découler une insolvabilité et y remédier en amont par des procédures ou mesures rapides visant à maintenir ou restructurer l'activité et éviter l'insolvabilité. Les dirigeants devront donc veiller aux intérêts de toutes les parties prenantes et prendre toutes les mesures visant à éviter l'insolvabilité[7].

Pour ce faire, la Directive prévoit notamment la mise en place par les États membres « d'outils d'alerte précoce » permettant de détecter les situations qui pourraient donner lieu à une probabilité d'insolvabilité, via par exemple des technologies informatiques[8].

L'article 4 de la Directive invite ainsi les États membres à veiller « *à ce que, lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, les débiteurs aient accès à un cadre de restructuration préventive leur permettant de se restructurer, en vue de prévenir l'insolvabilité et d'assurer leur viabilité, sans préjudice d'autres solutions visant à éviter l'insolvabilité, et de protéger ainsi les emplois et de maintenir l'activité économique* ».

Ce cadre « *peut consister en une ou plusieurs procédures, mesures ou dispositions, éventuellement dans un cadre extrajudiciaire, sans préjudice de tout autre cadre de restructuration*

[7] Article 19 de la Directive (UE) 2019/1023
[8] Article 3 de la Directive (UE) 2019/1023

prévu par le droit national. ». La Directive exige par conséquent des Etats membres qu'ils mettent en place des procédures de restructuration préventive permettant aux débiteurs en difficulté financière de se restructurer à un stade précoce de manière à éviter l'insolvabilité.

Dans le cadre de ces procédures, les débiteurs devraient conserver un rôle actif dans la gestion de leur société, ainsi qu'un contrôle sur leur actif, avec l'assistance, obligatoire ou facultative en fonction des circonstances, d'un « *praticien dans le domaine des restructurations* »[9]. Associé à la suspension des poursuites individuelles[10], les débiteurs pourront proposer et négocier des plans de restructuration[11], pour tenter de sortir des difficultés qu'ils rencontrent.

La Directive (UE) 2019/1023 prévoit en outre d'associer « *les parties affectées* » à l'adoption du plan de restructuration proposé, comme par exemple les créanciers, les détenteurs de capital ou encore les salariés[12]. Ces « *parties affectées* » devront, sauf pour les PME, être réparties dans des « *classes distinctes représentatives d'une communauté d'intérêt suffisante, sur la base de critères vérifiables, conformément au droit national* », avec au minimum les créanciers garantis et non garantis, ou encore les créances des travailleurs.

L'autorité administrative ou judiciaire conservera un pouvoir de validation pour certains plans de restructuration (par exemple *:* nouveaux financements, perte de plus de 25% de la main-d'œuvre etc.), qui devront en tout état de cause offrir des perspectives raisonnables de sortie de l'insolvabilité pour être validés[13]. Elle pourra également faire passer en force les plans de restructuration qui pourront être imposés à des classes dissidentes.

Les plans adoptés seront contraignants pour tous, à l'exception des créanciers n'ayant pas été associés à l'adoption du plan[14].

La Directive prévoit naturellement que les États pourront instaurer des limites au nombre de recours possibles, aux procédures mises en place par un débiteur donné ou encore refuser les débiteurs sans perspectives de viabilité[15]. De même, un recours restera possible contre les plans de restructuration adoptés ; recours sur lequel il devra être statué de manière « *efficace en vue d'un traitement rapide* »[16].

B) La remise de dettes et la seconde chance

La Directive (UE) 2019/1023 prévoit en outre que « *les entrepreneurs insolvables aient accès à au moins une procédure pouvant conduire à une remise de dettes totale* »[17].

L'objectif annoncé aux considérants est d'offrir « *une seconde chance* » aux débiteurs « *honnêtes* ».

La Directive prévoit toutefois certaines dérogations permettant d'écarter cette mesure, en cas notamment de violation d'obligations, mauvaise foi, abus etc., ou encore pour garantir l'équilibre entre les droits du débiteur et ceux des créanciers[18].

[9] Article 5 de la Directive (UE) 2019/1023
[10] Article 6 de la Directive (UE) 2019/1023
[11] Article 8 de la Directive (UE) 2019/1023
[12] Articles 9, 12 et 13 de la Directive (UE) 2019/1023
[13] Article 10 de la Directive (UE) 2019/1023
[14] Article 15 de la Directive (UE) 2019/1023
[15]Article 4 de la Directive (UE) 2019/1023
[16] Article 16 de la Directive (UE) 2019/1023
[17] Article 20 de la Directive (UE) 2019/1023
[18] Article 23 de la Directive (UE) 2019/1023

C) L'efficacité renforcée des procédures

Dans le but d'améliorer l'efficacité de ces procédures, la Directive (UE) 2019/1023 prévoit une formation appropriée des juges afin qu'ils disposent de l'expertise nécessaire ainsi qu'un traitement plus rapide des procédures[19].

Les praticiens désignés devront également avoir une formation adéquate. Les conditions de leur désignation/révocation et rémunération devront aussi être clarifiées et transparentes et les potentiels conflits d'intérêts pris en compte.

Ces dispositions impératives pour les États membres, visent à améliorer la qualité du traitement des procédures afin de gagner en efficacité.

Considérations générales

La Chambre de Commerce constate que les présents amendements parlementaires procèdent pour l'essentiel à une transposition fidèle de la Directive (UE) 2019/1023. Elle relève également avec satisfaction que les amendements parlementaires sous avis vont pour l'essentiel dans le sens d'une amélioration du projet de loi initial, en tenant notamment compte de certaines remarques formulées dans les différents avis de la Chambre de Commerce. Elle déplore toutefois une nouvelle fois que le volet préventif ait été si peu développé.

I) <u>L'amélioration des dispositions du projet de loi en matière de responsabilité</u>

La Chambre de Commerce salue l'ensemble des dispositions des présents amendements parlementaires allant dans le sens d'un assouplissement de la responsabilité des dirigeants. Elle regrette toutefois que les auteurs des présents amendements ne soient pas allés au bout de cette volonté de promotion de la seconde chance.

A) un pas en arrière bienvenu en matière de responsabilité des dirigeants….

L'un des écueils des précédentes versions du projet de loi était un renforcement très important de la responsabilité des dirigeants sociaux dans le cadre d'une faillite.

Au regard du volet répressif, la Chambre de Commerce regrettait notamment la décision d'aggraver encore plus la responsabilité du dirigeant en prévoyant :

(i) une condamnation d'office pour banqueroute de tout dirigeant qui n'a pas fait aveu de la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois, mais également

(ii) en modifiant les conditions de mise en œuvre de l'interdiction de faire commerce (article 444-1 du Code de commerce) et de l'action en comblement de passif (article 495-1 du Code de commerce).

En effet, alors qu'actuellement le législateur sanctionne le dirigeant ayant commis *« une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite »* dans le cadre des actions en comblement de passif ou en interdiction de faire commerce, les versions précédentes du projet de loi proposaient d'aggraver drastiquement ce régime de responsabilité non seulement en supprimant la notion de faute caractérisée, mais également en sanctionnant toute faute grave *« commise dans le cadre de la faillite »*, ce que la Chambre de Commerce ne pouvait approuver.

[19] Article 25 de la Directive (UE) 2019/1023

Si l'on considérait en outre la suppression prévue par le même projet du terme *"schuldhafte"* du paragraphe 109 de l'Abgabenordnung du 22 mai 1931 prévoyant que sous certaines conditions le dirigeant de société peut être tenu vis-à-vis de l'administration fiscale des dettes de la société faillie, qui tendait *in fine* à priver l'administration fiscale et les juridictions administratives de toute faculté d'appréciation des circonstances de chaque faillite, il était incontestable que le régime d'automaticité de responsabilité du dirigeant de société instauré par les dispositions cumulées du projet de loi risquait de préjudicier grandement à l'esprit entrepreneurial, voire à l'attractivité du Grand-Duché de Luxembourg.

La Chambre de Commerce salue dès lors vivement le changement de philosophie adopté par les présents amendements.

1) Le rétablissement des articles 444-1 et 495-1 du Code de commerce dans leur version actuelle

En effet, les amendements parlementaires sous avis se proposent de modifier les articles 444-1 et 495-1 du Code de commerce en prévoyant l'exigence tant pour l'interdiction de faire le commerce que pour l'action en comblement de passif, ***« d'une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite »*** dans le chef du dirigeant.

Selon les auteurs, ces articles se trouvent donc *« in fine quasiment rétablis dans leur version actuellement en vigueur ».*

La Chambre de Commerce salue ce changement radical d'optique de la part des auteurs, qu'elle appelait de ses vœux.

En effet, certaines fautes peuvent être considérées comme des fautes graves en raison de l'intention manifeste du dirigeant de ne pas suivre les règles, et des fautes de gestion peuvent être commises par le dirigeant qui n'est tout simplement pas un bon gestionnaire.

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

De même, le retour aux conditions actuellement connues de mise en application de ces régimes de responsabilité assurera une certaine sécurité juridique alors que l'on pourra facilement se référer à des concepts connus et clairement délimités par la jurisprudence.

2) Le rétablissement de l'article 109 de l'Abgabenordnung dans sa version actuelle

Dans la même optique, il convient de saluer le rétablissement par les présents amendements de l'article 109 de l'Abgabenordnung du 22 mai 1931 dans sa version actuelle, qui prévoit que sous certaines conditions le dirigeant de société peut être tenu vis-à-vis de l'administration fiscale des dettes de la société faillie.

La jurisprudence interprétait jusqu'à présent le paragraphe 109 AO au sens que le simple constat d'un manquement à une obligation fiscale par la société n'était pas suffisant mais qu'il fallait aussi rapporter la preuve d'un comportement fautif dans le chef du dirigeant (« schuldhafte Verletzung » aux termes du paragraphe 109 AO). Les tribunaux exigeaient 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.

Or la suppression envisagée par les versions antérieures du projet de loi du terme "schuldhafte" du paragraphe 109 AO aurait conduit 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 ») et en lui conférant ainsi un caractère d'automaticité bien malvenu. La Chambre de Commerce approuve donc le maintien du libellé de l'article 109 de l'Abgabenordnung du 22 mai 1931 dans sa version actuelle.

L'ensemble de ces améliorations en matière de responsabilité des dirigeants de sociétés faillies est donc fortement salué par la Chambre de Commerce. Elle estime que le maintien des textes en la matière dans leur rédaction actuelle permettra de renforcer la sécurité juridique des dirigeants tout en permettant de distinguer les dirigeants honnêtes des dirigeants malhonnêtes qui, eux, pourront être sanctionnés.

Ce pas en arrière s'inscrit également parfaitement dans l'esprit de renforcement du concept de seconde chance à accorder au dirigeant honnête ayant malheureusement fait faillite voulu par la Directive (UE) 2019/1023, et que les versions antérieures du projet de loi, en instaurant une sorte d'automaticité de la mise en œuvre de la responsabilité du dirigeant en cas de faillite auraient complètement mis à néant.

B) ….. un pas en avant salué en matière de seconde chance, mais cependant insuffisant

Si les présents amendements constituent donc une amélioration notable du régime prévu de responsabilité des dirigeants, la Chambre de Commerce relève également avec satisfaction les améliorations ainsi apportées en matière de seconde chance, notamment par le biais de l'introduction d'un régime de remise de dettes pour les commerçants personnes physiques. Elle regrette toutefois le maintien au projet de loi de la disposition prévoyant la condamnation pour banqueroute simple de tout dirigeant qui n'aurait pas fait aveu de la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois, qui vient porter un sérieux coup à la volonté affichée par les auteurs de promouvoir la seconde chance.

1) Une procédure de remise de dettes limitée aux commerçants personnes physiques

La Directive (UE) 2019/1023 dans le cadre de sa volonté affichée de promouvoir la seconde chance prévoit un certain nombre de dispositions en matière de remise dettes pour les entrepreneurs personnes physiques insolvables.

Elle prévoit ainsi notamment que :

- Les États membres veillent à ce que les entrepreneurs insolvables aient accès à au moins une procédure pouvant conduire à une remise de dettes totale conformément à la présente directive[20],

- Les États membres veillent à ce que le délai à l'issue duquel les entrepreneurs insolvables peuvent être totalement libérés de leurs dettes n'excède pas une durée de trois ans à compter, au plus tard: a) dans le cas d'une procédure comprenant un plan de remboursement, de la date de la décision d'une autorité judiciaire ou administrative validant le plan ou de la date de commencement de la mise en œuvre du plan; ou b) dans le cas de toute autre procédure, de la date de la décision de l'autorité judiciaire ou administrative d'ouvrir ladite procédure, ou l'établissement de l'actif et du passif de l'entrepreneur[21], et

- Les États membres veillent à ce que, lorsqu'un entrepreneur insolvable obtient une remise de dettes conformément à la présente directive, toute déchéance du droit d'accéder à une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou de l'exercer au seul motif que l'entrepreneur est insolvable prenne fin au plus tard à l'expiration du délai de remise de dettes[22].

Une procédure de remise de dettes pour les personnes physiques en faillite reprenant l'ensemble des mesures énumérées ci-dessus est ainsi introduite par les présents amendements parlementaires aux articles 536-2 et suivants du Code de commerce.

Si ces nouvelles dispositions constituent un pas en avant à saluer en matière de promotion de la seconde chance pour les commerçants personnes physiques ainsi qu'une transposition fidèle de la Directive (UE) 2019/1023, la Chambre de Commerce déplore qu'aucun mécanisme similaire n'ait été examiné concernant des remises de dettes à accorder vis-à-vis de dirigeants, par exemple dans le cadre de sûretés personnelles qu'ils auraient contractées en rapport avec des engagements de leurs sociétés.

Ainsi, en l'état actuel du projet de loi, seuls les commerçants personnes physiques sont éligibles à des mécanismes permettant de bénéficier de remises de dettes. Aux yeux de la Chambre de Commerce, un mécanisme similaire pour les dirigeants honnêtes dont la responsabilité n'est aucunement engagée dans le cadre de la faillite aurait pu constituer une avancée remarquable en matière de promotion de la seconde chance.

2) <u>Le regrettable maintien de la condamnation pour banqueroute simple de tout dirigeant qui n'aurait pas fait aveu de la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois</u>

En outre, la Chambre de Commerce regrette le maintien au projet de loi de la disposition visant à instituer à l'article 490 du Code pénal une condamnation d'office pour banqueroute simple de tout dirigeant qui n'aura pas fait aveu de la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois.

En effet, l'article 440 du Code de commerce prévoit actuellement que *« Tout commerçant et toute société commerciale qui cesse ses paiements doit dans le mois en faire l'aveu au greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale de son domicile ou de son siège social. »*

[20] Article 20 de la Directive (UE) 2019/1023
[21] Article 21 de la Directive (UE) 2019/1023
[22] Article 22 de la Directive (UE) 2019/1023

Si actuellement le non-respect de ce délai ne fait pas directement l'objet de sanctions mais peut être considéré dans le cadre de l'analyse de la responsabilité des dirigeants, la Chambre de Commerce rappelle que cette disposition est particulièrement sévère alors qu'en pratique il est très rare qu'un tel délai puisse être respecté alors qu'il reviendrait en principe à imposer à tout dirigeant de procéder à l'aveu de cessation des paiements dès qu'il fait face à une quelconque impossibilité de régler un créancier.

Une telle disposition s'avère aujourd'hui totalement désuète et déconnectée de la réalité du monde des affaires. Si la Chambre de Commerce comprend que cette disposition a pour objectif d'inciter les dirigeants à agir rapidement pour éviter toute augmentation du passif, elle s'oppose à ce que le non-respect de ce délai conduise automatiquement à la mise en jeu de la responsabilité pénale du dirigeant.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, cette disposition mettra à néant tous les objectifs dudit projet de loi en matière de promotion des mesures de réorganisation puisqu'en obligeant les dirigeants à faire l'aveu de la cessation des paiements dans le mois de l'apparition des difficultés, toute réflexion quant à la mise en œuvre d'une mesure alternative à la faillite sera nécessairement impossible.

En outre, ce renforcement de la responsabilité pénale des dirigeants apparait en opposition avec la volonté affichée par les présents amendements parlementaires d'assouplir la responsabilité des dirigeants de bonne foi en cas de faillite.

Enfin, cette responsabilité pénale quasi-automatique apparaît également contraire au principe de seconde chance promu par la Directive (UE) 2019/1023 alors que dès lors que le dirigeant aura été condamné pour banqueroute simple, ce dernier ne pourra plus obtenir d'autorisation d'établissement afin d'engager une nouvelle activité.

Pour l'ensemble de ces raisons, la Chambre de Commerce sollicite dès lors la suppression à l'article 78 du projet de loi, de la condamnation pour banqueroute simple de tout dirigeant qui n'aurait pas fait aveu de la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois prévu à l'article 440 du Code de commerce.

II) <u>Un volet préventif insuffisant</u>

Si le projet de loi contient certaines dispositions bienvenues en vue de prévenir les difficultés des entreprises, elles apparaissent aux yeux de la Chambre de Commerce trop peu développées et inadaptées au paysage économique national.

A) Suppression du rôle attribué au comité de conjoncture

Concernant le volet préventif, le projet de loi prévoyait dans sa version initiale la collecte d'un certain nombre de données par le Secrétariat du Comité de conjoncture qui pouvait lorsqu'il estimait que la continuité des activités du débiteur était compromise, inviter ce dernier pour discuter des solutions possibles à sa situation.

Les présents amendements parlementaires entendent désormais confier cette mission de détection des entreprises en difficultés au Ministre ayant l'Economie dans ses attributions ainsi qu'au Ministre ayant les Classes moyennes dans ses attributions.

Le volet préventif du projet de loi consistera donc à permettre à ces deux ministères, sur base des informations à leur disposition, d'identifier et de contacter les entreprises susceptibles de présenter des difficultés.

Une fois une entreprise en difficulté identifiée, le ministre pourra *« inviter »* le débiteur concerné afin *« d'obtenir toute information relative à l'état de ses affaires et l'informer sur les mesures de réorganisation éventuelles »*.

De même, il reviendra désormais à ces deux ministères de désigner à la demande du débiteur, un conciliateur d'entreprise en vue de faciliter la réorganisation de tout ou partie de ses actifs ou activités.

Si la Chambre de Commerce peut comprendre les motivations à la base de ce transfert de compétence vers les ministères, alors que selon l'exposé des motifs *« dans le cadre de la crise du COVID-19, le Ministère de l'Economie s'est renforcé pour traiter les demandes d'entreprises en difficultés demandant à bénéficier des différents mécanismes d'aides de l'Etat »*, la Chambre de Commerce se demande néanmoins comment les deux ministères entendent se répartir les compétences afin d'éviter les éventuels doublons.

Dans ce cadre, elle aurait dès lors préféré la mise en place d'un service transversal unique, sorte de « Guichet d'aide aux entreprises », seul interlocuteur pour les entrepreneurs en difficulté, ce qui aurait grandement simplifié la lisibilité du système pour les entreprises.

Pour le surplus, les amendements parlementaires sous avis ne modifient pas outre mesure le système de prévention initialement envisagé et commenté dans les précédents avis de la Chambre de Commerce auxquels elle se permet de renvoyer pour autant que de besoin.

B) Un système préventif inadapté aux réalités du paysage économique national

Il convient tout d'abord de constater que le volet consacré à la détection des entreprises en difficultés dans le projet de loi ne représente qu'une page sur un projet aussi volumineux… Ce simple état de fait démontre à suffisance à quel point le présent projet de loi manque encore de vision globale en matière de détection et d'accompagnement des entreprises en difficultés avant toute mise en œuvre d'une éventuelle procédure de réorganisation.

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

A cet égard, la Chambre de Commerce estime qu'il serait judicieux de s'engager sur la voie d'une analyse approfondie des causes des faillites, plutôt que de se limiter à l'accumulation de symptômes ou « clignotants ».

L'objectif du projet de loi qui prône également la sauvegarde des entreprises est, de l'avis de la Chambre de Commerce, trop axé sur la prévision des faillites et donc la détection des entreprises qui doivent être déclarées en faillite.

En outre, le système préventif mis en place se limite à la possibilité de faire désigner un conciliateur d'entreprise et l'instauration de procédures de réorganisation amiable et judiciaire.

Or, selon la Chambre de Commerce, le projet de loi devrait mieux développer le volet préventif, à savoir celui qui concerne la sauvegarde des entreprises éprouvant des difficultés en les aidant à un stade bien plus avancé, grâce à des personnes qualifiées, et à un coût raisonnable, le tout en tenant compte de leur taille.

Aussi, la Chambre de Commerce aurait souhaité la prise en compte accentuée des particularités du paysage économique luxembourgeois, composé pour l'essentiel de TPE et PME, pour lesquelles les procédures de réorganisation amiable et judiciaires introduites par le présent projet de loi présentent relativement peu d'intérêt.

En 2014 déjà, dans un rapport consacré à *« l'entreprise en difficulté en France »*[23], les rédacteurs de ce rapport constataient que : *« ...les ouvertures de procédures amiables concernent majoritairement des sociétés de taille importante contrairement aux procédures collectives et que la prévention est peu utilisée par les TPE et PME du fait de la méconnaissance des outils de prévention et du coût qui y était associé… ».*

Ce même constat a également été opéré dans un rapport de la mission *« Justice économique »* paru en février 2021 pour le compte du ministère de la Justice français et dans lequel les auteurs relevaient :

« A l'issue des nombreuses auditions qu'ils ont menées, les membres de la mission font le constat suivant : les petites entreprises, les commerçants, les artisans, les indépendants, les agriculteurs, les associations, n'ont généralement pas recours aux procédures amiables qui pourraient les protéger lorsque leur situation se dégrade. Ils ne bénéficient donc pas dans leur grande majorité de la protection qu'elles apportent et de l'accompagnement qui leur permettrait de redresser leur situation.

Plusieurs raisons à cela :

- La méconnaissance, bien souvent par manque de formation, d'information et de conseil,

- Le refus ou l'incapacité de se rendre compte de la réalité de leur situation,

- La crainte de l'échec qui fait assimiler le passage par le tribunal à la "faillite",

- La pléthore de dispositifs existants qui ne convergent pas ce qui entrave la compréhension de leur finalité et le choix de celui qui serait le plus adapté à la situation concernée et qui pourrait être le plus protecteur. »

La Chambre de Commerce partage ces constats, alors que les TPE et PME se trouvent bien souvent plus démunies face à ces situations en raison d'un manque de soutien en matière d'analyse économique et juridique de leur situation.

En effet, si les grandes entreprises bénéficient bien souvent du conseil de comptables et juristes leur permettant d'analyser efficacement et rapidement leur situation, tel n'est pas le cas pour les TPE-PME. La Chambre de Commerce estime dès lors que c'est vers ces entreprises que le système de prévention devrait concentrer ses efforts.

Finalement, la Chambre de Commerce souhaite également réitérer ses doutes et inquiétudes quant au succès et à l'adéquation de la procédure visant à désigner un conciliateur d'entreprise avec les besoins des TPE et PME faisant face à des difficultés. A ses yeux cette procédure, et ce d'autant plus si l'entreprise en difficulté doit prendre en charges les frais et honoraires du conciliateur désigné, risque de n'être que très peu utilisée.

Par conséquent, si les nouvelles mesures de prévention et de réorganisation instaurées présenteront sans aucun doute un intérêt pour les plus grandes entreprises, la Chambre de Commerce doute de l'attractivité de celles-ci pour les plus petites entreprises.

[23] Étude Altares/Deloitte

La mise en place de mécanismes adaptés aux TPE et PME, ainsi que l'inclusion des programmes d'accompagnement déjà existants au sein des chambres professionnelles, s'avèrent dès lors à ses yeux indispensables pour assurer l'efficacité du volet préventif du présent projet de loi.

C) Un volet préventif qui ne s'appuie pas sur les chambres patronales et les solutions déjà existantes

En 2013 déjà, la Chambre de Commerce proposait de mettre en place, au Luxembourg, un centre de prévention et d'aide à la réorganisation dont le cadre serait prévu par la loi et qui serait rattaché à la Chambre de Commerce pour ses ressortissants.

En effet, les chambres professionnelles disposent en leur sein de collaborateurs qualifiés, à l'écoute des entreprises et qui sont déjà régulièrement appelés à les aider lorsqu'elles se trouvent en difficulté. On a d'ailleurs pu constater que leur rôle n'a fait que prendre de l'ampleur depuis l'épidémie de Covid-19 avec notamment l'ouverture de diverses helplines (Covid, aides énergies etc.) et la mise en place d'un programme d'accompagnement personnalisé et gratuit (programme #ReAct) pour les entrepreneurs qui en avaient besoin.

Ce programme, devenu pérenne depuis lors, a pour mission d'informer et d'accompagner gratuitement les dirigeants d'entreprises qui souhaitent développer, optimiser, redresser, céder ou mettre fin à leur entreprise (i) en les aidant à faire le point sur leur situation et à déterminer les actions prioritaires à mettre en place et (ii) en leur offrant un accompagnement sur mesure grâce à un réseau de partenaires externes composé notamment d'avocats, de consultants stratégiques ou financiers, mais aussi de psychologues.

L'absence de référence dans le projet de loi à ces programmes d'accompagnement est d'autant plus regrettable qu'ils reposent à présent sur une expérience acquise de plusieurs années et sur des résultats incontestables :

- Un réseau de plus d'une centaine d'experts bénévoles, parmi lesquels de nombreux avocats, comptables, consultants stratégiques et psychologues,

- Plus de 3.000 entrepreneurs sensibilisés grâce aux ateliers thématiques et webinaires proposés,

- Plus d'un demi-millier d'entrepreneurs accompagnés sur les deux dernières années (282 entrepreneurs en 2020, 332 entrepreneurs en 2021), et

- Un taux de satisfaction des entrepreneurs aidés de 97%.

La Chambre de Commerce fait par ailleurs partie du réseau européen « Early Warning » depuis 2019, un réseau qui a notamment pour objectif de renforcer la capacité des organisations qui en sont membres dans la mise en place de mécanismes d'alerte précoce pour soutenir les entrepreneurs en difficulté.

Au vu de ces différents éléments, la Chambre de Commerce considère que le rôle des chambres professionnelles devrait être mis en avant dans le projet de loi comme offrant une initiative plus aboutie qui permettrait une action globale, directe, rapide, gratuite, et de proximité sur la plupart des points abordés dans le projet sous avis (clignotants, conciliation, réorganisation…).

L'institutionnalisation de leur rôle au sein du projet de loi permettrait notamment de répondre à plusieurs critiques formulées précédemment en proposant :

- Un soutien adapté aux TPE et PME luxembourgeoises,

- Une vision et une prise en charge globales des difficultés rencontrées par l'entreprise et son dirigeant, ne se limitant pas à la possibilité de faire désigner un conciliateur d'entreprise et l'instauration de procédures de réorganisation amiable et judiciaire, mais englobant tous les défis rencontrés par l'entrepreneur, qu'ils soient financiers, stratégiques ou encore relatifs à une éventuelle détresse émotionnelle,

- Un accompagnement sur-mesure via un programme déjà connu et reconnu, permettant d'éviter la démultiplication des organismes de contact entraînant un manque de lisibilité pour l'entrepreneur,

- Une réelle prévention des difficultés et donc des faillites, en soutenant les entreprises dès leur création et sans attendre l'apparition des premiers symptômes, ce qui fait actuellement défaut dans le projet de loi comme cela a été rappelé ci-avant.

La Chambre de Commerce relève par ailleurs que la France a notamment souscrit à cette option puisqu'elle a institutionnalisé, dès 2005, des groupements de prévention agréés[24] dont la mission est de fournir à ses adhérents, de façon confidentielle, une analyse des informations économiques, comptables et financières que ceux-ci s'engagent à lui transmettre régulièrement. Lorsque le groupement relève des indices de difficultés, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert.

Dans ce cadre, et sur base de l'ensemble des constatations opérées aux points II) B) et C) du présent avis, la Chambre de Commerce estime que le système de prévention des faillites devrait intégrer les points suivants :

- **Promouvoir la formation des entrepreneurs en matière de gestion, comptabilité et droit des procédures collectives le plus en amont possible, en s'appuyant notamment sur les compétences des chambres professionnelles,**

- **Affirmer la mission d'information de certains créanciers étatiques afin d'informer rapidement l'entreprise et l'orienter vers les dispositifs d'accompagnement et de prévention,**

- **Intégrer le rôle des chambres professionnelles et les programmes d'accompagnements qu'elles ont mis en place au sein du volet préventif afin d'éviter la démultiplication des acteurs et d'assurer une lisibilité de l'offre,**

- **Mettre à disposition des entreprises des mécanismes simples et gratuits d'auto-diagnostique afin de leur permettre d'évaluer rapidement leur situation,**

- **Proposer un système d'aide financière vis-à-vis des plus petites entreprises afin de prendre en charge leurs frais de conseils comptables et/ou juridique ainsi que les éventuels honoraires du conciliateur d'entreprise qui serait désigné.**

[24] Article L611-1 du Code de commerce français

III) Quid d'une réelle seconde chance ?

Le projet de loi sous avis, tout comme la Directive (UE) 2019/1023, a pour objectif de promouvoir la seconde chance, visant à permettre à un entrepreneur ayant malheureusement fait faillite de pouvoir reprendre une activité plus facilement. Toutefois, la Chambre de Commerce regrette que, pris dans sa globalité, le système de seconde chance, intimement lié à la législation en matière de droit d'établissement, ne soit pas assez abouti et conduise en pratique à un système incohérent vis-à-vis des objectifs affichés.

A) Une notion intimement liée à la législation en matière de droit d'établissement

Comme d'ores et déjà indiqué, la Directive (UE) 2019/1023 a entre autres pour objectif annoncé d'offrir « *une seconde chance* » aux débiteurs « *honnêtes* ».

La Chambre de Commerce est d'avis que telle devrait également être la philosophie à la base du présent projet de loi.

La Chambre de Commerce a avisé en parallèle le projet de loi n°7989 portant modification de la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales[25].

L'objectif de ce projet de loi visant à réformer le droit d'établissement est de *« faciliter le droit d'entreprendre une seconde fois le plus rapidement possible suite à une faillite par la mise en œuvre du principe de seconde chance. Cette seconde chance est ouverte aux cas de malchances comme une faillite due à la perte d'un client prééminent, une faillite en cascade de clients ou la santé du dirigeant. La seconde chance est aussi ouverte aux cas de fautes de gestion comme les cas d'erreur dans les choix stratégiques de l'entreprise. ».*

La Chambre de Commerce soutient pleinement cet objectif, conforme à l'esprit de la Directive (UE) 2019/1023 visant à ne plus stigmatiser un dirigeant dont l'entreprise aurait fait faillite et à lui permettre de réentreprendre rapidement et facilement.

Dans ce cadre, le projet de loi n°7989 prévoit que le Ministre pourra accorder une seconde chance au dirigeant dont l'entreprise a été déclarée en faillite en raison de la « *malchance* » (qui vise le cas de l'entreprise s'étant retrouvée en faillite ou liquidation judiciaire pour cause de baisse substantielle de son activité pour des raisons indépendantes de sa volonté) ou d'une « *mauvaise gestion* ». Il rendra sa décision après avis consultatif rendu par une Commission dite « de la seconde chance », spécialement instaurée par ce projet de loi, et qui sera convoquée à l'initiative du Ministre afin d'évaluer la viabilité de l'admission du dirigeant à cette seconde chance.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, une vraie seconde chance ne peut se concevoir que dans le cadre tant d'une révision de notre législation en matière de droit d'établissement, que d'une révision de notre législation en matière de faillite, les deux matières étant intimement liées en ce qui concerne les dirigeants de sociétés.

Ainsi, les deux réformes actuellement en projet constituent une occasion exceptionnelle de repenser dans sa globalité le régime de responsabilité des dirigeants en cas de faillite afin de le coordonner avec le régime en matière de droit d'établissement pour enfin créer un vrai droit à la seconde chance.

[25] Cf. avis de la Chambre de Commerce 6051GLO/SMI du 05 octobre 2022

Or, la Chambre de Commerce estime que tel n'est pas le cas à l'heure actuelle alors que les deux réformes ne semblent pas avoir été pensées de manière transversale.

Ainsi, la Chambre de Commerce précise qu'elle est en faveur de la mise en place d'une commission de la seconde chance uniquement si cette dernière vise à soutenir l'entrepreneur dans son choix de redémarrer une activité après une faillite, et non pas de porter un jugement sur l'entrepreneur lui-même comme cela est actuellement prévu.

Ainsi, après une analyse des besoins de ce dernier, ladite commission pourrait, par exemple, lui conseiller certains accompagnements ou formations cohérentes dans sa situation.

De plus, la Chambre de Commerce relève que l'article 444-1 du Code de commerce prévoit d'ores et déjà la possibilité pour le Tribunal d'arrondissement de prononcer l'interdiction d'exercer une activité commerciale à l'encontre du failli ou des dirigeants de droit ou de fait qui *« ont contribué à la faillite par une faute grave et caractérisée »*. L'interdiction est, en outre, obligatoirement prononcée contre celui qui est condamné pour banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse.

La Chambre de Commerce estime que ce texte, réservant l'interdiction d'exercer une activité commerciale aux seuls dirigeants ayant commis des fautes avérées ayant contribué à la faillite de leur entreprise, devrait d'ores et déjà permettre l'exercice plein et entier du droit à une seconde chance pour les dirigeants d'entreprises déclarées en état de faillite qui n'ont pas commis de telles fautes. Un dirigeant d'une entreprise faillie n'ayant pas vu sa responsabilité engagée sur base de cet article devrait donc en principe pouvoir entamer une nouvelle activité commerciale.

B) La problématique de l'atteinte présumée à l'« honorabilité professionnelle » en cas de dettes vis-à-vis des créanciers publics

La Chambre de Commerce constate qu'en pratique, un dirigeant n'ayant pas vu sa responsabilité engagée dans le cadre d'une faillite précédente peut néanmoins se voir refuser l'octroi d'une seconde chance sur base de la législation sur le droit d'établissement.

En effet, la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales– non modifiée sur ce point par le projet de loi n°7989 - prévoit que constitue d'office un manquement qui affecte l'honorabilité professionnelle du dirigeant *« l'accumulation de dettes importantes auprès des créanciers publics dans le cadre d'une faillite ou liquidation judiciaire »,* ce qui vient finalement mettre à néant toute possibilité de seconde chance lorsque l'entreprise en faillite avait des dettes auprès des créanciers étatiques.

Ainsi, en pratique, quand bien même la responsabilité du dirigeant ne serait pas engagée dans le cadre de la faillite, le simple fait que la société faillie ait eu des dettes auprès des créanciers publics anéantit toute possibilité pour le dirigeant d'obtenir une nouvelle autorisation d'établissement, correspondant *de facto* à une condamnation à une interdiction de faire le commerce.

Or, la plupart des faillites impliquent souvent un minimum de dettes auprès des créanciers publics, de sorte que conditionner l'octroi d'une seconde chance à l'absence de telles dettes revient en pratique à rendre inopérante toute nouvelle initiative d'un dirigeant d'une entreprise ayant fait faillite, quand bien même il n'aurait commis aucune faute grave et caractérisée dans la gestion de son entreprise.

La Chambre de Commerce recommande ainsi la suppression de l'article 6(a) point d) de la loi sur le droit d'établissement qui dispose que « *l'accumulation de dettes importantes auprès des créanciers publics dans le cadre d'une faillite ou liquidation judiciaire prononcées*» constitue d'office un manquement qui affecte l'honorabilité professionnelle du dirigeant.

La Chambre de Commerce regrette ainsi que le projet de loi n°7989 n'ait pas saisi l'opportunité de mettre en œuvre un droit à la seconde chance plus ambitieux, qui se trouve, dans le cadre du système instauré, encore soumis à trop de restrictions et à des appréciations pouvant le cas échéant revêtir un caractère subjectif.

La Chambre de Commerce aurait en outre aimé savoir comment les auteurs de ces deux projets de lois respectifs avaient envisagé dans sa globalité le régime de la « seconde chance » au Luxembourg.

A défaut de ce faire, la Chambre de Commerce est d'avis que tant que l'accumulation de dettes importantes auprès des créanciers publics dans le cadre d'une faillite ou liquidation judiciaire prononcées impliquera automatiquement un défaut d'honorabilité dans le chef du dirigeant, il n'existera pas de réel droit à la seconde chance pour les dirigeants d'entreprises déclarées en état de faillite.

C) La problématique de la condamnation à la banqueroute simple en cas d'aveu tardif

Bien entendu, et comme d'ores et déjà relevé dans le présent avis, les dispositions du projet de loi tel qu'amendé allant dans le sens d'un assouplissement en matière de responsabilité des dirigeants sont un pas bienvenu en matière de seconde chance.

Toutefois, il convient de rappeler que l'article 78 du projet de loi sous avis, prévoyant la condamnation pour banqueroute simple de tout dirigeant qui n'aurait pas fait aveu de la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois prévu à l'article 440 du Code de commerce viendra sérieusement nuire au principe de seconde chance pour les dirigeants.

Cette condamnation pour banqueroute simple rendra en effet impossible toute nouvelle autorisation d'établissement.

Si on lit conjointement ces dispositions avec celles de l'article 444-1 du Code de commerce prévoyant que *« l'interdiction (d'exercer une activité commerciale) est obligatoirement prononcée contre celui qui est condamné pour banqueroute simple ou frauduleuse »*, il s'avère évident qu'en l'état actuel des projets, et malgré les discours affichés, une réelle seconde chance n'existera pas pour les dirigeants sociaux.

Par conséquent, et dans le but de mettre en place un vrai régime cohérent de seconde chance au Luxembourg, la Chambre de Commerce propose :

- **la suppression à l'article 78 du projet de loi, de la condamnation pour banqueroute simple de tout dirigeant qui n'aurait pas fait aveu de la cessation de ses paiements dans le délai d'un mois prévu à l'article 440 du Code de Commerce, ainsi que**

- **la suppression de l'article 6(a) point d) de la loi modifiée du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales qui dispose que *« l'accumulation de dettes***

***importantes auprès des créanciers publics dans le cadre d'une faillite ou liquidation judiciaire prononcées»* affecte l'honorabilité professionnelle du dirigeant.**

IV) L'occasion manquée de digitaliser davantage les procédures

D'une manière générale, la Chambre de Commerce déplore également le manque d'informations quant à la mise en œuvre future du projet de loi et quant aux objectifs à terme de digitalisation des procédures.

Elle estime notamment que la présente réforme constituait une opportunité unique d'accélérer la digitalisation de la justice en matière commerciale.

Ainsi, alors que le présent projet de loi s'inspire fortement du régime instauré en Belgique, il est très regrettable que les auteurs ne se soient pas inspirés du « registre central de la solvabilité (« RegSol ») créé en 2017 et qui constitue la base de données informatique où les dossiers relatifs aux accords amiables, aux procédures de réorganisation judiciaire et de faillite sont enregistrés, gérés et conservés.

Cette plateforme permet notamment le dépôt de demandes de procédures de réorganisation ou de faillites, le dépôt de déclaration de créances, etc...

Une telle plateforme constituerait pourtant aux yeux de la Chambre de Commerce une mesure de simplification bienvenue tant pour les entreprises débitrices ou créditrices, que pour les magistrats, greffiers et les mandataires de justice.

A l'heure de la digitalisation, et dans un souci de simplification et de gestion optimale des procédures, la Chambre de Commerce est d'avis que le présent projet de loi devrait intégrer davantage la digitalisation des échanges et des procédures.

V) Vers une « professionnalisation » de la fonction de curateur ?

Actuellement, aux termes de l'article 455 du Code de commerce, il est prévu qu' *« A défaut de liquidateurs assermentés, et dans le cas où, conformément au paragraphe précédent le tribunal de commerce croira devoir faire un autre choix, les curateurs seront nommés parmi les personnes qui offriront le plus de garanties pour l'intelligence et la fidélité de leur gestion. »*

En pratique donc, à défaut d'une liste établie de liquidateurs assermentés, les juges du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale choisissent généralement les curateurs sur la liste des avocats. Cependant, dans les cas où l'intérêt de la faillite l'exige, le tribunal peut également nommer des notaires ou experts comptables/réviseurs d'entreprises.

Ainsi, tout avocat est en principe susceptible d'être désigné en tant que curateur.

Or, la Chambre de Commerce souhaiterait souligner ici les particularités des fonctions de curateur qui outre le volet purement juridique, nécessitent bien souvent des compétences en matière de comptabilité ou de gestion. Ainsi, la fonction de curateur constitue à ses yeux une fonction à part, à distinguer des tâches courantes qu'implique l'activité d'avocat.

C'est pourquoi certains pays tels que la France ont fait de cette fonction (administrateur judicaire) une profession à part entière, distincte de la profession d'avocat.

Si la Chambre de Commerce n'entend pas plaider pour l'institution d'une profession spécifiquement dédiée à l'administration de faillites, elle souhaite néanmoins exprimer son regret

que la présente réforme n'ait pas constitué l'occasion d'une réflexion plus approfondie sur la fonction de curateur.

Elle aurait notamment souhaité qu'une réflexion quant aux exigences particulières en termes de formation qu'il conviendrait d'exiger de ces professionnels, afin d'assurer la qualité de la gestion de l'ensemble des procédures de faillites, soit menée.

Dans cette optique, l'article XX.122 paragraphe 1er du Code de Droit Economique belge prévoyant que : *« Sans préjudice de l'application des dispositions du Règlement 2015/848/UE du Parlement européen et du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité, les curateurs sont choisis parmi les personnes inscrites sur une liste établie par l'assemblée générale du tribunal de l'entreprise du ressort qui prononce la faillite. A cette fin, les membres de l'assemblée générale peuvent voter eux-mêmes ou par procuration.*

Peuvent seuls être admis sur la liste visée à l'alinéa 1er, les avocats inscrits au tableau d'un Ordre des avocats, quel que soit leur lieu d'inscription. Ils doivent justifier d'une formation particulière et présenter des garanties de compétence en matière de procédures de liquidation. » aurait pu constituer une source d'inspiration bienvenue.

Dans ce cadre, la Chambre de Commerce prend bonne note des modifications apportées par le présent projet de loi à la loi modifiée du 7 juillet 1971 portant en matière répressive et administrative, institution d'experts, de traducteurs et d'interprètes.

Ainsi, le projet de loi prévoit désormais l'institution d'une liste de conciliateurs et des mandataires de justice établie par le ministère de la Justice.

Aux termes de l'amendement 104 sous avis : *« Peuvent être admises en tant que conciliateur d'entreprise ou de mandataire de justice toutes les personnes titulaires d'un diplôme luxembourgeois de fin d'études universitaires en droit, en sciences économiques ou en gestion correspondant au grade de master reconnu ou d'un diplôme étranger de fin d'études universitaires en droit, en sciences économiques ou en gestion correspondant au grade de master reconnu et délivrés par un établissement d'enseignement supérieur établi conformément aux lois et règlements régissant l'enseignement supérieur sur le territoire de l'Etat de délivrance et doivent avoir été inscrits au registre des titres de formation, section de l'enseignement supérieur prévu aux articles 66 et 68 de la loi du 28 octobre 2016 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et classés au minimum aux niveaux respectivement 6 et 7 du cadre luxembourgeois des qualifications et présentant des garanties de connaissance et de compétence en matière de procédure d'insolvabilité. »*

La Chambre de Commerce souhaite souligner que la Directive (UE) 2019/1023 prévoit quant à elle sur ce point en son article 26 que : *« Les États membres veillent à ce que :*

a) les praticiens désignés par une autorité judiciaire ou administrative dans le cadre de procédures de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes (ci-après dénommés « praticiens ») reçoivent une formation appropriée et disposent de l'expertise nécessaire eu égard à leurs responsabilités ;

b) les conditions d'accès à la profession ainsi que le processus de désignation, de révocation et de démission des praticiens soient clairs, transparents et équitables ».

En l'absence d'information quant aux exigences en termes de *« connaissance et compétence en matière de procédure d'insolvabilité »* qui seront exigées par le ministère de la Justice en vue de l'inscription sur la liste des conciliateurs et des mandataires de justice,

la Chambre de Commerce s'interroge quant au caractère complet de la transposition de la Directive (UE) 2019/1023 précitée sur ce point.

Elle estime notamment que l'instauration d'une formation spécifique aux fonctions de mandataire de justice constituerait le meilleur gage de compétence des curateurs et permettrait d'assurer un niveau de qualité uniforme dans la gestion de l'ensemble des procédures de faillites.

Commentaires des amendements

Remarques préliminaires

A titre préliminaire, la Chambre de Commerce souhaite souligner que la lisibilité du système mis en place par le présent projet de loi ne sera pas optimale en raison de la répartition des différentes règles applicables dans plusieurs textes.

En effet, les dispositions relatives à la réorganisation judiciaire se trouveront donc dans une loi spécifiquement dédiée alors que les dispositions relatives à la faillite se trouveront toujours dans le Code de commerce.

Dans un souci de cohérence et de lisibilité, la Chambre de Commerce aurait préféré que l'intégralité des dispositions applicables aux procédures de réorganisation et de faillite soient regroupées dans un seul et même texte.

En outre, la Chambre de Commerce souhaite également attirer l'attention des auteurs sur le fait que les nouvelles procédures instaurées par le présent projet de loi entraîneront nécessairement une augmentation considérable de la charge de travail pour les juridictions commerciales. Elle espère dès lors que toutes les dispositions, tant en termes de ressources humaines qu'en termes de matériel et de ressources techniques, pour faire face à cette augmentation ont été anticipées afin de permettre une mise en œuvre efficace de ces nouvelles dispositions. Il en est également de même en termes de ressources pour les ministères qui seront donc à l'avenir en charge de la détection et du suivi des entreprises en difficultés.

Dans ce cadre, la Chambre de Commerce souhaite ici rappeler les propositions qu'elle avait précédemment formulées[26] afin de moderniser la justice en matière commerciale visant à

(i) Instaurer des juridictions consulaires : adjoindre aux magistrats professionnels, des professionnels issus du monde de l'entreprise, connaissant les réalités économiques, les usages en matière de commerce, et susceptibles d'analyser d'un œil avisé les situations de chaque entreprise en difficulté, pour optimiser le fonctionnement des tribunaux de commerce comme c'est le cas en France et en Belgique serait en effet grandement bénéfique.

(ii) Instaurer des juridictions commerciales statuant également en anglais : créer une chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, ainsi qu'une chambre auprès de la Cour Supérieure de Justice, devant lesquelles les procédures pourraient se dérouler en anglais et dont les décisions seraient également rendues dans cette langue, sur le modèle.

[26] « Actualités & Tendances » n°25 Des idées pour la relance Un cadre propice pour les entreprises.

Concernant les amendements 6 et 7

Les amendements 6 et 7 ont pour objet de modifier le chapitre 2 du projet de loi, désormais dénommé *« Détection des entreprises en difficultés et des entreprises susceptibles d'être assignées en faillite »*, afin de confier la détection des entreprises en difficultés au ministre ayant l'Economie dans ses attributions ainsi qu'au Ministre ayant les Classes moyennes dans ses attributions.

Une fois une entreprise en difficulté identifiée, le ministre pourra *« inviter »* le débiteur concerné afin *« d'obtenir toute information relative à l'état de ses affaires et l'informer sur les mesures de réorganisation éventuelles »*.

La Chambre de Commerce déplore le caractère extrêmement vague du libellé de cette mesure qui constitue l'unique nouveauté en termes de prévention des difficultés des entreprises de ce projet de loi.

Elle aurait aimé avoir plus de renseignements quant aux moyens qui seront alloués à ces services, ainsi que quant aux propositions concrètes que pourront faire ces services aux entreprises qui auront été détectées et invitées à une réunion d'information. A défaut de mise en place en parallèle de programmes d'aides et de formation ambitieux pour les dirigeants d'entreprises en difficultés, la Chambre de Commerce est d'avis que cette procédure sera malheureusement vouée à l'échec.

En outre, la Chambre de Commerce déplore la suppression de l'obligation suite à l'examen de la situation du débiteur, de rédiger un rapport contenant les opérations accomplies. Si la Chambre de Commerce comprend bien évidemment les raisons de « surcharge de travail » avancées à l'appui de cette suppression, elle est cependant d'avis qu'un tel rapport présentait de réelles utilités, ne serait-ce que pour permettre à la cellule d'évaluation des entreprises en difficultés d'avoir un aperçu de la situation de l'entreprise et des démarches entreprises en vue de sa préservation.

Concernant l'amendement 11

L'amendement 11 au projet de loi a pour objet de modifier le libellé de l'article 8 du projet de loi. Cet article prévoit la mise en place d'une cellule d'évaluation des entreprises en difficultés chargée d'apprécier l'opportunité des assignations en faillite.

L'amendement modifie la composition de cette cellule afin d'y inclure un représentant du ministre ayant les Classes moyennes dans ses attributions.

La Chambre de Commerce n'a pas de commentaires quant à cette modification, mais elle avoue cependant s'interroger quant aux réelles prérogatives de cette cellule d'évaluation.

Elle s'interroge notamment quant au caractère obligatoire ou non d'un avis favorable de cette cellule pour permettre une assignation en faillite de la part de l'une des administrations[27] représentées au sein de cette cellule alors que le projet de loi demeure muet sur cette question.

Or, si tel ne devait pas être le cas, la Chambre de Commerce ne comprend pas l'intérêt d'instituer une telle cellule d'évaluation. En toute hypothèse, ce point mériterait à ses yeux d'être clarifié ne serait-ce que pour éviter toute incertitude et discussions quant à la recevabilité d'assignations en faillite sans avis favorable préalable de cette cellule.

[27] Le Centre Commun de la Sécurité Sociale, l'Administration des Contributions Directes et l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines.

En outre, la Chambre de Commerce s'interroge également sur la faculté ainsi octroyée à l'administration créancière de la société concernée de prendre part aux décisions de la cellule d'évaluation sur l'opportunité d'une assignation en faillite, conférant ainsi la faculté à cette administration d'être à la fois juge et partie au sein du processus décisionnel.

Concernant l'amendement 17

Si la Chambre de Commerce n'a pas de commentaire particulier concernant les amendements apportés à l'article 13 relatif aux conditions de recevabilité et aux pièces à fournir à l'appui d'une demande de réorganisation judiciaire elle regrette néanmoins que ses commentaires précédents relatifs à la complexité de la procédure et au nombre important de documents demandés qui ne tient absolument pas compte de la situation réelle des TPE et PME n'aient pas été pris en compte par les auteurs du projet de loi.

Le nombre de documents à apporter sous peine d'irrecevabilité de la demande ainsi que l'obligation d'être assisté d'un réviseur d'entreprises, d'un expert-comptable ou d'un comptable pour la rédaction de certains d'entre eux[28] ne peut en effet avoir qu'une conséquence pour un dirigeant de PME : face à la complexité, à la sévérité et au coût engendré par ces dispositions, il se tournera par dépit vers l'aveu de faillite comme il le fait déjà actuellement et les procédures de réorganisation judiciaire prévues par le présent projet resteront lettre morte.

La Chambre de Commerce se demande également quel comptable, expert-comptable ou réviseur d'entreprises acceptera de rédiger ces documents pour une entreprise en difficulté. La plupart des entrepreneurs en difficulté que la Chambre de Commerce rencontre ont généralement du mal à obtenir leurs derniers comptes annuels précisément en raison du fait qu'ils ne parviennent plus à payer leur comptable ; comment imaginer alors que ce dernier acceptera de produire pour lui de nouveaux documents imposés par la loi, sans aucune certitude quant à un redressement de l'entreprise et à un paiement futur ?

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

Par conséquent, la Chambre de Commerce sollicite un allègement des pièces à fournir sous peine d'irrecevabilité de la demande de réorganisation judiciaire.

Elle estime notamment qu'il conviendrait de réfléchir à des alternatives à l'obligation de fournir (ii) les deux derniers comptes annuels approuvés qui auraient dû être déposés en application de l'article 75 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés, ainsi (ii) qu'une situation comptable de son actif et de son passif et un compte de résultats ne datant pas de plus de trois mois, établis avec l'assistance d'un réviseur d'entreprises, d'un expert-comptable ou d'un comptable.

A titre d'exemple un simple état de l'actif et du passif de la société établi par le dirigeant avec pièces justificatives à l'appui devrait pouvoir remplacer la situation comptable datant de moins de trois mois devant être établie par un professionnel.

[28] Il est notamment prévu à l'article 13 du projet de loi qu'il faudra fournir à l'appui de sa demande en réorganisation judiciaire *« une situation comptable de son actif et de son passif et un compte de résultats ne datant pas de plus de trois mois, établis avec l'assistance d'un réviseur d'entreprises, d'un expert-comptable ou d'un comptable ».*

Concernant l'amendement 18

L'amendement 18 modifie l'article 16 du projet de loi, lequel prévoit *qu' « au greffe est tenu un dossier de la réorganisation judiciaire où figurent tous les éléments relatifs à cette procédure et au fond de l'affaire ».*

Cet amendement introduit une nouveauté afin de préserver le secret des affaires en indiquant que *« le juge délégué peut, par une ordonnance motivée, déterminer les données qui intéressent le secret des affaires et qui ne sont pas accessibles aux créanciers et personnes visées à l'alinéa précédent ».*

Si la Chambre de Commerce salue cette mesure qui vise à empêcher que des tiers intéressés ne consultent les dossiers de la réorganisation judiciaire afin d'obtenir certaines informations constituant des secrets d'affaires, elle est cependant d'avis que cette disposition mériterait quelques précisions procédurales supplémentaires.

Ainsi, il conviendrait notamment de préciser si cette ordonnance du juge délégué sera rendue sur requête du débiteur et après que ce dernier ait été entendu par le juge délégué.

Concernant l'amendement 30

L'article 30 du projet de loi traite de la question des effets de l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire sur les obligations contractuelles du débiteur.

L'amendement 30 modifie le paragraphe 2 de cet article comme suit : *« **Dès l'ouverture de la procédure**, le débiteur peut cependant décider **unilatéralement de suspendre l'exécution de ses obligations contractuelles** pendant la durée du sursis, en notifiant cette décision à ses cocontractants conformément à l'article 21 paragraphe 2 **lorsque la réorganisation de l'entreprise le requiert impérativement** ».*

La Chambre de Commerce s'interroge sur la plus-value réelle apportée par le terme *« impérativement »* alors qu'il pourrait au contraire à ses yeux laisser la porte-ouverte à diverses interprétations et discussions éventuelles quant au caractère « impératif » pour la réorganisation de l'entreprise de la suspension de l'exécution des obligations contractuelles du débiteur.

Dans un souci de sécurité juridique, la Chambre de Commerce recommande dès lors la suppression du terme *« impérativement ».*

* * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce peut approuver les amendements parlementaires sous avis sous réserve de la prise en considération de ses observations.

SMI/DJI