

N° 5157

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2002-2003

---

## PROJET DE LOI

portant des mesures ponctuelles en matière de prévention  
des faillites et de lutte contre les faillites organisées

\* \* \*

(Dépôt: le 20.5.2003)

### SOMMAIRE:

	<i>page</i>
1) Arrêté Grand-Ducal de dépôt (19.5.2003) .....	1
2) Texte du projet de loi .....	2
3) Exposé des motifs.....	6
4) Commentaire des articles .....	8

\*

### ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT

Nous HENRI, Grand-Duc de Luxembourg, Duc de Nassau,

Sur le rapport de Notre Ministre de la Justice et après délibération du Gouvernement en Conseil;

Arrêtons:

*Article unique.*— Notre Ministre de la Justice est autorisé à déposer en Notre nom à la Chambre des Députés le projet de loi portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées.

Palais de Luxembourg, le 19 mai 2003

*Le Ministre de la Justice,*

Luc FRIEDEN

HENRI

\*

## TEXTE DU PROJET DE LOI

**Art. 1er.**– La loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifiée comme suit:

1. L'article 26 est remplacé par le texte suivant:

„(1) La constitution d'une société anonyme requiert:

- 1) qu'il y ait deux associés au moins;
- 2) que le capital soit de 70.000 euros au moins;
- 3) que le capital soit intégralement souscrit et libéré à concurrence du minimum fixé au point 2);
- 4) que chaque action soit libérée d'un quart au moins par un versement en numéraire ou par des apports autres qu'en numéraire.

(2) Le notaire, rédacteur de l'acte, vérifiera l'existence de ces conditions ainsi que celles des articles 26-1, 26-3 et 26-5 et en constatera expressément l'accomplissement.“

2. L'article 31 est remplacé par le texte suivant:

„(1) Les fondateurs sont tenus solidairement envers tous les intéressés, malgré toute stipulation contraire:

- 1) de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite, ainsi que de la différence éventuelle entre le capital minimal prévu par l'article 26 et le montant des souscriptions; ils en sont de plein droit réputés souscripteurs;
- 2) de la libération effective du capital minimum visé à l'article 26, de la libération effective, jusqu'à concurrence d'un quart des actions souscrites, ainsi que de la libération dans un délai de cinq ans des actions émises en contrepartie d'apports autres qu'en numéraire; ils sont de même tenus solidairement de la libération effective de la partie du capital dont ils sont réputés souscripteurs en vertu de l'alinéa précédent;
- 3) de la réparation du préjudice qui est une suite immédiate et directe, soit de la nullité de la société, soit de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites par les art. 27 et 29 dans l'acte ou le projet d'acte de société et dans les souscriptions.

(2) Ceux qui ont pris un engagement pour des tiers nommément désignés dans l'acte, soit comme mandataires soit en se portant fort, sont réputés personnellement obligés s'il n'y a pas mandat valable ou si l'engagement de porte-fort n'est pas ratifié dans les 2 mois de la stipulation.

Les fondateurs sont solidairement tenus de ces engagements.“

3. L'article 37 est remplacé par le texte suivant:

„Le capital des sociétés anonymes se divise en actions d'égale valeur, avec ou sans mention de valeur.

Indépendamment des actions représentatives du capital social, il peut être créé des titres ou parts bénéficiaires. Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés.

Les titres ou parts bénéficiaires, quelle que soit leur dénomination, sont soumis aux dispositions de l'article 26-1.

Les actions et parts sont nominatives ou au porteur.

Les actions peuvent être divisées en coupures qui, réunies en nombre suffisant, confèrent les mêmes droits que l'action.

Les actions et les coupures portent un numéro d'ordre.“

4. L'article 100 est remplacé par le texte suivant:

„Sauf dispositions plus rigoureuses des statuts, en cas de perte de la moitié du capital social, les administrateurs convoquent, de façon qu'elle soit tenue dans un délai n'excédant pas deux mois à dater du moment où la perte a été constatée par eux ou aurait dû l'être, l'assemblée générale qui délibérera dans les conditions de l'article 67-1 sur la dissolution éventuelle de la société.

Si suite à la perte de la moitié du capital social, celui-ci descend en dessous du capital minimum tel que prévu à l'article 26, l'assemblée, si elle décide de la continuation de la société, doit décider de réduire le capital à concurrence de la perte constatée et concomitamment décider une augmentation

de capital à concurrence du montant nécessaire pour que le capital social corresponde au moins au montant du capital minimum prévu à l'article 26.

Les mêmes règles sont observées lorsque la perte atteint les trois quarts du capital social, mais en ce cas la dissolution aura lieu si elle est approuvée par le quart des voix émises à l'assemblée.

A défaut de procéder aux convocations conformément aux dispositions qui précèdent, les administrateurs peuvent être déclarés personnellement et solidairement responsables envers la société et les tiers de tout ou partie de l'accroissement de la perte."

5. L'article 167 est remplacé par le texte suivant:

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

Ne sont pas 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."

6. L'article 182 est remplacé par le texte suivant:

„Le capital social doit être de 25.000 euros au moins. Il se divise en parts nominatives d'égale valeur."

7. L'article 183 est complété par l'alinéa suivant:

„Le notaire, rédacteur de l'acte, vérifiera l'existence de ces conditions ainsi que celles de l'article 184, 1er alinéa et en constatera expressément l'accomplissement."

8. L'article 184 est remplacé par le texte suivant:

„Les dispositions des articles 26-1 et 27 sont applicables aux sociétés à responsabilité limitée, sous réserve de celles se rapportant au capital social.

Les fondateurs au sens de l'article 28, alinéa 2 et, en cas d'augmentation du capital social, les gérants, sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire:

1° de toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite ainsi que de la différence entre le capital minimum requis par l'article 182 et le montant des souscriptions; ils en sont de plein droit réputés souscripteurs;

2° de la libération effective des parts sociales ainsi que de la partie du capital dont ils sont réputés souscripteurs en vertu des dispositions sub 1°;

3° de la réparation du préjudice qui est une suite immédiate et directe, soit de la nullité de la société prononcée par application de l'article 12ter, soit de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites par l'article 27.

Ceux qui ont pris un engagement pour des tiers nommément désignés dans l'acte, soit comme mandataires, soit en se portant fort, sont réputés personnellement obligés, s'il n'y a pas mandat valable ou si l'engagement n'est pas ratifié dans les deux mois de la stipulation. Les fondateurs sont solidairement tenus de ces engagements."

9. Un nouvel article 202-1 est inséré à la suite de l'article 202 avec la teneur suivante:

„Sauf dispositions plus rigoureuses des statuts, en cas de perte de la moitié du capital social, le ou les gérants 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 199 sur la dissolution éventuelle de la société.

Si suite à la perte de la moitié du capital social, celui-ci descend en dessous du capital minimum tel que prévu à l'article 182, l'assemblée, si elle décide de la continuation de la société, doit décider de réduire le capital à concurrence de la perte constatée et concomitamment décider une augmentation de capital à concurrence du montant nécessaire pour que le capital social corresponde au moins au montant du capital minimum prévu à l'article 182.

Les mêmes règles sont observées lorsque la perte atteint les trois quarts du capital social, mais en ce cas la dissolution aura lieu si elle est approuvée par le quart des voix émises à l'assemblée.

A défaut de procéder aux convocations prévues conformément aux dispositions qui précèdent, le ou les gérants peuvent être déclarés personnellement et solidairement responsables envers la société et les tiers de tout ou partie de l'accroissement de la perte.“

**Art. 2.**– L'article 1er de la loi modifiée du 12 juillet 1977 modifiant et complétant a) la loi du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (holding companies) modifiée par l'article 21 de la loi du 29 décembre 1971 et b) l'arrêté grand-ducal du 17 décembre 1938 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (holding companies) qui reçoivent des apports comprenant l'avoir d'une société étrangère s'élevant à un milliard au moins, modifié par l'article 22 de la loi du 29 décembre 1971 est modifié comme suit:

„La société holding ne sera pas admise au bénéfice des dispositions fiscales de l'article premier de la loi du 31 juillet 1929 si son capital social libéré est inférieur à un minimum à fixer par règlement grand-ducal.

Ce minimum ne pourra être fixé à un montant inférieur à 70.000 euros ni à un montant supérieur à 250.000 euros et pourra être différencié d'après la forme de la société holding.

Si la société holding revêt la forme de la société coopérative, le minimum du fonds social net devra égaler le minimum du capital social déterminé à l'alinéa qui précède.“

**Art. 3.**– La loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales est modifiée comme suit:

1. L'article 2, 2e alinéa, est remplacé par le texte suivant:

„Dans le cadre de l'instruction administrative, le demandeur, ou, s'il s'agit d'une personne morale, le dirigeant, indique dans une déclaration sur l'honneur, en certifiant sa déclaration sincère et véritable, dans quelle entreprise il a exercé, pendant les trois ans précédant la demande, une fonction de dirigeant de droit ou de fait, apparente ou occulte, rémunérée ou non, ou dans quelle entreprise il a détenu seul ou ensemble avec son conjoint ou un tiers, directement ou indirectement, la majorité des parts sociales ou a été en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion ou l'administration de l'entreprise. Ces déclarations peuvent être soumises par le Ministre à l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines, à l'Administration des contributions directes et au Centre commun de la sécurité sociale qui peuvent lui soumettre, endéans les trois semaines qui suivent la date de réception de la demande du Ministre, des éléments d'appréciation quant à l'honorabilité professionnelle du demandeur. Si le demandeur est une personne morale, il doit également remettre un plan financier sur trois ans, certifié par un réviseur d'entreprises, un expert comptable ou la chambre professionnelle dont son activité relève, dans lequel il justifie notamment les moyens affectés à son activité, ou, dans le cas d'une société, le capital social de la société.“

2. L'article 3, dernier alinéa, est remplacé par le texte suivant:

„L'honorabilité s'apprécie sur base des antécédents judiciaires du postulant et de tous les éléments fournis par l'enquête administrative. En cas de faillite ou de liquidation judiciaire, le postulant qui a été détenteur de la majorité des parts sociales ou qui a été en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion et l'administration d'une société tombée par la suite en faillite ou mise en liquidation judiciaire, assume, en ce qui concerne l'honorabilité professionnelle au sens de la présente loi, la même responsabilité éventuelle dans la survenance de la faillite ou de la mise en liquidation judiciaire que le dirigeant de droit. Au cas où le demandeur est une société, le ou les dirigeants sont tenus solidairement, envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire, des engagements de la société dans une proportion fixée par le tribunal, en cas de faillite ou de liquidation, prononcée dans les trois ans de l'établissement du plan financier prévu à l'article 2, si le capital social de la société était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.“

**Art. 4.**– Le code de commerce est modifié comme suit:

1. L'article 443 est remplacé par le texte suivant:

„Si le centre des intérêts principaux du débiteur est situé dans un autre Etat membre de l'Union européenne, il peut, s'il possède au Grand-Duché de Luxembourg un établissement, y être déclaré en faillite conformément aux dispositions du règlement (CE) No 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

Lorsqu'un débiteur fait l'objet à l'étranger d'une procédure conformément à l'article 3, §1er du règlement (CE) No 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, le contenu essentiel de la décision ouvrant la procédure d'insolvabilité et l'identité du syndic désigné sont publiés au Mémorial, s'il possède un établissement au Grand-Duché de Luxembourg."

2. L'article 494 est remplacé par le texte suivant:

„En toute faillite, les curateurs, dans les six semaines de leur entrée en fonctions, seront tenus de remettre au juge-commissaire un mémoire ou compte sommaire de l'état apparent de la faillite, de ses principales causes et circonstances, et des caractères qu'elle paraît avoir. Ils devront également répondre dans un délai de trois mois à tout questionnaire relatif à la faillite remis par le procureur d'Etat.

Le juge-commissaire transmettra immédiatement le mémoire avec ses observations au procureur d'Etat. S'il ne lui a pas été remis dans le délai prescrit, il en préviendra le procureur d'Etat, et lui indiquera les causes du retard."

3. L'article 536-1 est remplacé par le texte suivant:

„En cas de clôture de la faillite pour insuffisance d'actif, les frais exposés par le curateur seront taxés par le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. Ce dernier réglera les honoraires suivant la nature et l'importance des soins donnés par le curateur, sans que ces honoraires puissent être inférieurs à un minimum ni supérieurs à un maximum à fixer par règlement grand-ducal. Il pourra taxer avant la clôture de la faillite pour insuffisance d'actifs, les frais exposés par le curateur immédiatement après le jugement déclaratif de la faillite.

Les frais et honoraires seront avancés par l'administration de l'enregistrement."

**Art. 5.**– L'article 97 de la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre est modifié comme suit:

„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'à la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers un tableau des protêts des lettres de change acceptées et des billets à ordre, enregistrés dans le mois précédent. Ce tableau contient:

- 1° la date du protêt;
- 2° les nom, prénoms, profession et domicile de celui au profit duquel l'effet est créé ou du tireur;
- 3° les nom, prénoms, profession et domicile du souscripteur du billet à ordre ou de l'accepteur de la lettre de change;
- 4° la date de l'échéance;
- 5° le montant de l'effet;
- 6° la mention de la valeur fournie, et
- 7° la réponse donnée au protêt.

Semblable tableau est également envoyé au magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale du domicile du souscripteur d'un billet à ordre ou de l'accepteur d'une lettre de change, si ce domicile est situé dans le Grand-Duché dans un ressort judiciaire autre que celui où le paiement doit être effectué.

Ces tableaux restent déposés aux greffes respectifs desdits tribunaux ainsi qu'à la Chambre de Commerce et à la Chambre des Métiers où chacun peut en prendre connaissance."

**Art. 6.**– Une copie des jugements de condamnation par défaut et des jugements contradictoires prononcés contre des commerçants qui n'ont pas contesté le principal réclamé, doit être transmise par le greffe du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale de leur domicile ou de leur siège social à la Chambre de Commerce et à la Chambre des Métiers.

**Art. 7.**– Un règlement grand-ducal pris après avis de la Commission nationale pour la protection des données, fixe les mesures requises afin de permettre le traitement, selon une structure logique, des données recueillies par la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers en application de l'article 6 de la présente loi et de l'article 97 de la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et

le billet à ordre et d'en garantir l'uniformité. Il peut notamment déterminer les catégories de données à recueillir.

Il peut également permettre le traitement automatisé de la collecte des données et en fixer les modalités de diffusion auprès de tiers.

**Art. 8.**– Les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée qui au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi n'atteignent pas le minimum fixé par les articles 26 (1) 2) et 182 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, jouissent d'un délai de trois ans à partir de l'entrée en vigueur de la présente loi pour se conformer aux dispositions nouvelles.

\*

## EXPOSE DES MOTIFS

Depuis plusieurs années un développement inquiétant du nombre des faillites a pu être constaté au Grand-Duché.

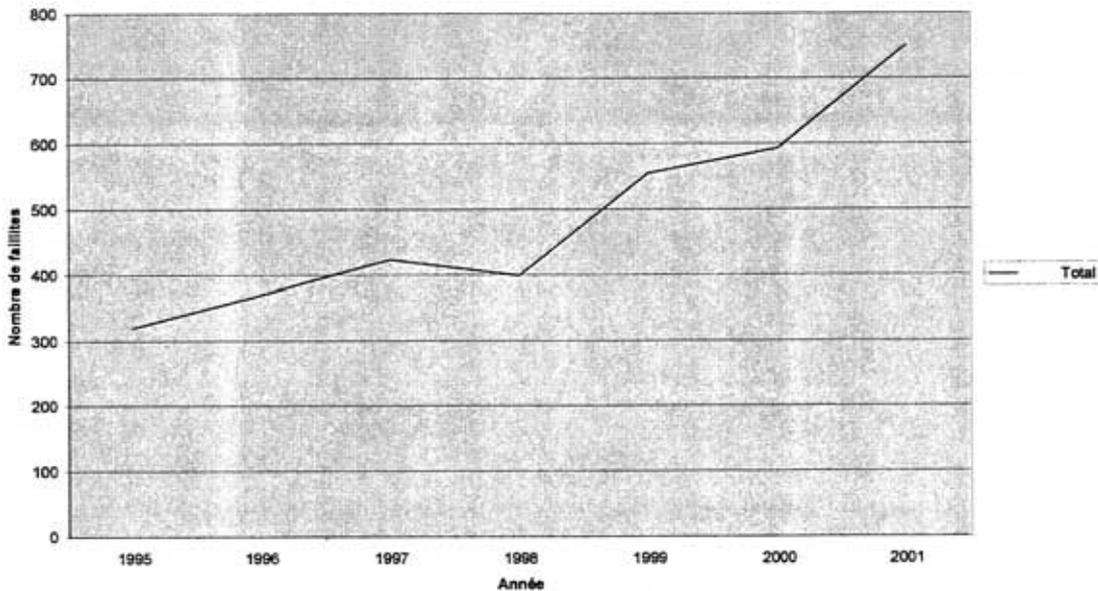
Si en 1995 on ne dénombrait encore que 320 faillites au Grand-Duché, il y a eu depuis une évolution constante du nombre des faillites qui a atteint en 2001 un chiffre record avec 750 faillites recensées. En 2002, le chiffre est quelque peu en retrait avec 682 faillites mais la situation demeure préoccupante. La situation n'est pas unique en Europe puisque les pays voisins ont tous connu une évolution similaire du nombre des faillites ces dernières années.

Les secteurs principalement concernés et l'évolution du nombre des faillites ressortent des tableaux ci-après.

<i>NACE Révision 1</i>		<i>1995</i>	<i>1996</i>	<i>1997</i>	<i>1998</i>	<i>1999</i>	<i>2000</i>	<i>2001</i>
01-05	Agriculture	2	0	5	2	2	5	6
10-41	Industrie	12	10	10	12	25	19	27
45	Bâtiment	40	68	75	56	70	64	81
50	Commerce et répar. automobile	11	16	12	12	33	38	43
51	Commerce de gros	49	65	59	83	109	144	191
52	Commerce de détail	54	56	68	50	66	72	69
55	Horeca	54	60	59	65	67	67	55
60-64	Transports et communication	17	18	31	21	40	21	50
65-67	Activités financières	19	17	24	18	27	34	36
	dont: Soc. holding	13	9	17	12	11	7	5
70-74	Immobilier, location et services aux entreprises	50	43	62	63	101	102	160
80-95	Autres services	10	15	16	15	11	23	28
	N.d.a.	2	2	2	2	4	4	4
Total		320	370	423	399	555	593	750

Source: Mémorial, Statec

*Evolution du nombre total des faillites*



Un examen des sociétés déclarées en faillite en 1992 a montré que de nombreuses sociétés déclarées en faillite disposaient d'un capital peu élevé situé entre 0 et 50.000 euros et que un grand nombre de faillites intervient dans les six premières années d'existence de l'entreprise. Les causes des faillites sont diverses: elles peuvent être notamment liées à l'incapacité professionnelle de certains dirigeants, la situation et l'évolution des marchés, la trésorerie insuffisante des entreprises, l'évolution et l'absence de prévision suffisante des frais généraux, la mauvaise gestion de l'entreprise. L'informatisation du Registre de Commerce commencée en février 2003 et la mise en place en 2005 d'une centrale des bilans devrait permettre de mettre en place un instrument d'analyse systématique des entreprises en faillites dans un proche avenir qui permettra de mieux appréhender le phénomène des faillites.

Après diverses consultations dans le cadre de commissions ad hoc, un paquet de mesures a été retenu afin de permettre dans une certaine mesure de prévenir les faillites et de lutter contre certains mécanismes de faillite organisée. Les principales mesures proposées dans le présent projet de loi sont les suivantes:

- augmentation du capital minimum des SA (qui passe de 31.000 à 70.000 EUR) et des SARL (qui passe de 12.500 à 25.000 EUR);
- obligation de reconstituer le capital social à concurrence du capital minimum en cas de pertes qui entament le capital jusque sous le capital social;
- obligation de faire dresser un rapport en cas d'apports en nature pour les SARL;
- obligation de soumettre un plan de financement certifié par un réviseur, un expert-comptable ou les chambres professionnelles en annexe à toute demande d'établissement;
- interdiction des avances aux actionnaires;
- responsabilité du postulant d'une autorisation d'établissement au cas où le capital était manifestement insuffisant pour assurer l'activité normale dans les 2 premières années de la constitution;
- obligation pour le curateur de répondre au questionnaire à lui soumis par le parquet au début de son mandat dans un délai de 3 mois.

Par ailleurs un certain nombre de mesures ont déjà été prises dans le cadre de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés et la comptabilité et les comptes annuels des entreprises<sup>1</sup>. Ainsi cette loi contient-elle des mesures portant sur le droit d'établissement qui visent les récidivistes de la faillite qui se font une spécialité de laisser en plan une société avec toutes ses dettes

<sup>1</sup> Mémorial A No 149 du 31 décembre 2002, p. 3629 ss.

puis de recommencer avec une nouvelle société. Ces mesures n'ont pas un caractère automatique car il faut distinguer entre le failli de bonne foi et le failli malhonnête. Les mesures figurant dans la loi du 19 décembre 2002 sont les suivantes:

- obligation de déclarer dans quelles entreprises des fonctions de dirigeant ont été assumées dans les 3 années précédant la demande d'autorisation – déclaration soumise à l'avis de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines, de l'Administration des Contributions Directes et du Centre Commun de la Sécurité Sociale;
- possibilité de refuser ou retirer l'autorisation à ceux qui se sont soustraits aux charges sociales ou fiscales – ce refus peut intervenir sur demande de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines, de l'Administration des Contributions Directes ou du Centre Commun de la Sécurité Sociale;
- en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, le détenteur de la majorité des parts sociales ou le dirigeant de fait assume la même responsabilité du point de vue de l'honorabilité professionnelle que le dirigeant de droit et partant peut se voir refuser une autorisation d'établissement pour une nouvelle société;
- institution à l'horizon 2005 d'une centrale des bilans qui sera une source d'information pour le tribunal et permettra le déclenchement d'une préalarme en temps opportun en cas de difficultés financières relevées dans les comptes annuels.

Par ailleurs le parquet économique, les cabinets des juges d'instruction ainsi que la police judiciaire ont été renforcés au cours de ces dernières années.

Des mesures supplémentaires résultent d'autres projets de textes:

- le premier est un projet de loi sur la gestion contrôlée qui réforme fondamentalement le système de la gestion contrôlée en remplaçant les procédures du concordat préventif de faillite (loi du 14 avril 1886) et de la gestion contrôlée (arrêté grand-ducal du 24 mai 1935) par une procédure de gestion contrôlée plus moderne qui permet, soit la réorganisation des affaires d'un commerçant à un stade suffisamment précoce, soit la bonne réalisation des actifs;
- le second est un projet de règlement grand-ducal qui vise à revoir la rémunération des curateurs de faillites, le règlement grand-ducal du 22 octobre 1979 portant révision du tarif des honoraires des curateurs en matière de faillite n'ayant pas été revu depuis 1979.

Le tout constitue un ensemble cohérent de mesures qui visent tant à prendre en compte des problèmes ponctuels qu'à proposer un mécanisme efficace de réorganisation des entreprises à un stade précoce.

\*

## COMMENTAIRE DES ARTICLES

*Article 1 – Modifications portant sur la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*

### *1. Article 26 de la loi modifiée du 10 août 1915*

Le montant du capital minimum a été porté à 70.000 EUR (paragraphe (1), point 1)) conformément à ce qui a été annoncé par le Ministre d'Etat lors de la *Déclaration sur la situation économique, sociale et financière du pays* (7 mai 2002). Par ailleurs, il est précisé au point 3) du paragraphe (1) que le capital minimum doit être intégralement libéré alors que jusqu'à présent il suffisait qu'il soit libéré à concurrence du quart.

A cet égard, le droit luxembourgeois se rapproche du droit belge où le capital minimum a été porté à 61.500 EUR depuis de nombreuses années et où le capital minimum doit également être intégralement libéré<sup>2</sup>.

Au paragraphe (2), le contrôle du notaire est formellement étendu au respect des dispositions des articles 26-1 (contrôle du réviseur des apports en nature), 26-3 (constitution du capital par des éléments susceptibles d'évaluation) et 26-5 (pas d'émission d'actions sous le pair comptable).

<sup>2</sup> Art. 439 du code des sociétés belge

## 2. Article 31

Le point 2) du paragraphe (1) a été légèrement adapté pour préciser que désormais les fondateurs sont également tenus solidairement de la libération intégrale à concurrence du capital minimum.

## 3. Article 37

Le dernier alinéa de l'article 37 prévoyant l'interdiction d'émettre des actions ayant un taux inférieur à 1,24 euros (50 francs) a été supprimé alors qu'une telle interdiction n'a pas de raison d'être dans la pratique.

## 4. Article 100

Afin de garantir que toute société dispose toujours d'un capital correspondant au moins au capital minimum exigé par la loi, l'article 100 impose, qu'en cas de pertes supérieures à la moitié du capital, pertes qui seraient telles que le capital descendrait en dessous du capital minimum, une assemblée doit être convoquée pour décider de la continuation de l'activité (ce qui était déjà prévu jusqu'ici) et, nouveauté, pour décider d'une réduction du capital suivi d'une augmentation à concurrence du capital minimum au moins. Une mesure de nature similaire existe en Italie depuis de nombreuses années.

La sanction possible en cas de non-respect de ces dispositions est double. D'abord pour la société, qui déciderait de ne pas procéder à la réduction de capital et à l'augmentation subséquente, il sera possible au Ministère Public de demander la liquidation judiciaire de cette société sur base de l'article 203 de la loi de 1915. Par ailleurs, les dirigeants qui omettraient de convoquer l'assemblée requise peuvent être déclarés responsables de l'accroissement de tout ou partie des pertes par un tribunal au vu des circonstances. Seul le défaut de procéder à la convocation peut être sanctionné par ce biais alors que les dirigeants ne sont par ailleurs pas responsables des décisions que peut prendre ou ne pas prendre l'assemblée des actionnaires. La responsabilité des dirigeants est à l'encontre de la société et des tiers, ce qui vise aussi bien les créanciers que les actionnaires de la société.

## 5. Article 167

L'alinéa premier a été complété par une nouvelle prévention, à savoir l'interdiction de procéder à des avances aux actionnaires. Lors des réunions du groupe ad hoc de la Commission d'Etudes Législative du Ministère de la Justice, il a été relevé que fréquemment le capital de la société est en quelque sorte extourné aux fondateurs dès après la constitution de la société sous forme d'avances aux actionnaires, sortes de prêts sans intérêts octroyés aux actionnaires. Une telle pratique a pour effet de vider la société de sa substance en ce qui concerne le capital social d'où la nécessité d'interdire de telles pratiques en règle générale.

Le principe de l'interdiction doit toutefois être atténué pour les sociétés qui dans le cadre d'un groupe de sociétés ont une activité de financement des sociétés du groupe, ce qui comprend éventuellement les actionnaires. De même, pour les rares banques qui dans le cadre de leur activité font des prêts à leurs actionnaires, une sanction pénale va au-delà de ce qui est recherché. Trois conditions sont posées pour que l'interdiction soit levée:

- l'opération entre dans l'objet de la société;
- il s'agit d'une opération courante;
- les conditions de l'opération sont des conditions normales.

Les termes utilisés pour délimiter les conditions ont volontairement un certain caractère de généralité, ce qui permet une appréciation flexible au cas par cas. Ces termes sont inspirés des jurisprudences et doctrines françaises en matière de contrats conclus entre les sociétés d'un groupe (cf. Répertoire sociétés Dalloz, V° Groupe de société, No 81).

## 6. Article 182

Le montant du capital minimum a été également adapté pour la SARL où il passe d'environ 12.400 EUR (500.000 LUF) à 25.000 EUR. Ici encore le droit luxembourgeois se rapproche du droit belge qui prévoit un capital minimum de 18.550 EUR pour les sociétés privées à responsabilité limitée<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Art. 214 du code des sociétés belge

On constate que suite à l'adaptation du capital minimum de la SA et de la SARL, une plus grande différence entre le capital minimum des deux formes de société a été réintroduite, différence qui existait à l'origine et qui se justifiait par le fait que la SA est une société de capitaux pour les entreprises de taille importante et la SARL la forme de société privilégiée pour les petites entreprises.

Le capital doit être entièrement libéré. Dans la deuxième phrase, l'exigence d'une valeur nominale de 24,79 EUR (1000 LUF) est rayée par souci de parallélisme avec le droit applicable aux SA.

#### *7. Article 183*

Cette obligation de vérification à charge du notaire est ajoutée et permet d'instaurer un parallèle avec le rôle du notaire lors de la constitution d'une SA.

#### *8. Article 184*

Cette modification a pour objet d'imposer un contrôle de l'évaluation des apports en nature par un réviseur d'entreprise à l'image de ce qui existe déjà pour les sociétés anonymes. Il apparaît en effet que les SARL sont fréquemment constituées en utilisant des apports en nature pour libérer le capital souscrit. En l'absence de contrôle possible, le notaire actant la constitution d'une SARL ne peut aujourd'hui que s'en remettre aux déclarations de l'apporteur. L'extension des obligations d'obtenir une évaluation de l'apport permet d'éviter les surévaluations manifestes des apports en nature effectués. Une disposition similaire existe déjà en Belgique pour les SPRL (Art. 216 Code des sociétés).

#### *9. Article 202-1*

Cet article poursuit pour les SARL les mêmes finalités que l'article 100 pour les SA.

### *Article 2*

Les montants figurant à l'article 1er de la loi modifiée du 12 juillet 1977 modifiant et complétant a) la loi du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (holding companies) modifiée par l'article 21 de la loi du 29 décembre 1971 et b) l'arrêté grand-ducal du 17 décembre 1938 sur le régime fiscal des sociétés de participations financières (holding companies) qui reçoivent des apports comprenant l'avoir d'une société étrangère s'élevant à un milliard au moins, modifié par l'article 22 de la loi du 29 décembre 1971 sont modifiés pour tenir compte de l'augmentation du capital minimum imposé aux SA.

### *Article 3*

De par l'ajout d'une nouvelle phrase au terme de l'article 2, 2e alinéa de la loi du 28 décembre 1988, il est prévu d'imposer désormais l'obligation de soumettre un plan de financement dans le cadre de la demande d'autorisation d'établissement à l'instar de ce qui existe également en Belgique où le notaire constituant une société doit constater qu'un tel plan de financement a été dressé. La rédaction de ce plan de financement doit permettre au commerçant qui entend commencer une activité de réfléchir à la viabilité de son entreprise à court et moyen terme. Il apparaît qu'aujourd'hui de nombreuses faillites sont le fait de personnes qui n'ont pas un instant évalué l'importance des investissements à faire pour démarrer une activité de sorte que les sociétés constituées afin de mener cette activité sont pratiquement condamnées d'avance à la faillite compte tenu de la faiblesse des moyens financiers et matériels à disposition. Cette obligation est limitée aux seules personnes morales car il importe que celles-ci, au moment de se lancer dans une activité, comparent leurs ressources financières estimées (moyens propres, revenus, etc. ...) par rapport aux charges prévisibles et ne se contentent pas du sentiment que le risque financier couru est de toute façon limité dans la mesure du capital engagé. Cette considération ne vaut pas pour les personnes physiques qui, elles, sont tenues sur l'ensemble de leur patrimoine en cas de faillite.

Pour garantir l'efficacité d'une telle mesure, il a été prévu, contrairement à ce qui existe en droit belge, que le plan de financement doit être certifié soit par un réviseur, soit par un expert-comptable, soit par une chambre professionnelle, dont le rôle de conseil à la création d'entreprises se trouve de ce fait valorisé.

Un ajout est fait en fin d'article 3 pour prévoir une sanction à l'établissement d'un plan de financement manifestement inexact au regard de la réalité avérée en cas de faillite dans les trois ans de la constitution. Cette disposition est inspirée de l'article 456 4° du code belge des sociétés.

#### Article 4

##### 1. Article 443 Code de commerce

Cet article a pour objet d'offrir la possibilité d'ouvrir au Luxembourg une faillite secondaire touchant l'établissement d'un commerçant dont les intérêts principaux sont situés dans un autre Etat de l'Union européenne en application des dispositions du règlement CE 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Il est renvoyé pour le surplus au rapport explicatif de la convention du 23 novembre 1995 relative aux procédures d'insolvabilité qui a été à l'origine de ce règlement et dont l'un des auteurs est M. Etienne Schmit, 1er vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg.

##### 2. Article 494 Code de commerce

Cet article rallonge à 6 semaines le délai dans lequel les curateurs doivent remettre un premier rapport sur les causes de la faillite au tribunal. L'article ancre par ailleurs dans le texte l'obligation de répondre dans un délai de 3 mois à tout questionnaire relatif à la faillite remis par le procureur d'Etat. Ce questionnaire utilisé depuis quelques années par le Parquet doit permettre à celui-ci d'établir les cas évidents de banqueroute frauduleuse (p.ex. en cas d'absence de tenue d'une comptabilité) pour pouvoir enclencher des poursuites pénales sans qu'il ne soit nécessaire de mener une longue enquête financière.

##### 3. Article 536-1 Code de commerce

Une phrase a été ajoutée au texte du 1er alinéa qui a pour objet de formaliser la pratique du remboursement, avant la clôture de la faillite pour insuffisance d'actifs, des frais exposés par le curateur immédiatement après l'ouverture de la faillite, notamment les frais pour les publications prévues à l'article 471 du code de commerce, frais qui ne peuvent pas toujours être couverts par des actifs de la faillite. Ces frais représentent une charge assez importante dans le cas fréquent où un avocat est nommé curateur pour plusieurs faillites.

#### Articles 5, 6 et 7

Les greffes des tribunaux ont cessé de diffuser en 2002 la liste des protêts et des jugements de condamnation en matière commerciale par le biais de certaines entreprises privées alors que cette pratique ne trouvait pas de base légale si ce n'est une référence à la liste des protêts à l'article 97 de la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre qui prévoit pour le public la possibilité de consulter cette liste auprès du greffe des tribunaux d'arrondissement. La diffusion de telle liste est devenue encore plus critiquable au regard de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Dans la mesure où il n'est cependant pas contestable d'autre part que les professionnels doivent pouvoir obtenir dans une certaine mesure des informations de cette nature, il est proposé dans ces trois articles de donner une base légale pour la diffusion de ces informations. Comme ces informations intéressent en premier lieu les professionnels qui ressortent des Chambre de Commerce et Chambre des Métiers, il est proposé d'assurer cette diffusion via ces chambres qui sont des établissements publics.

L'article 5 prévoit une simple adaptation de l'article 97 existant de la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre consistant en ce que les tableaux des protêts seront communiqués par les receveurs de l'enregistrement non seulement aux greffes des tribunaux d'arrondissement mais également aux deux chambres professionnelles précitées. Ces tableaux pourront y être consultés sur place.

L'article 6 vise la transmission aux chambres professionnelles concernées par les tribunaux des jugements rendus contre des commerçants. Il est proposé de limiter la transmission aux jugements de condamnation par défaut et aux jugements contradictoires contre commerçants qui n'ont pas contesté le principal réclamé qui sont les types de jugement les plus pertinents au regard du but poursuivi. Il n'a par contre pas été jugé adéquat d'inclure dans cette liste les décisions de référé qui sont par essence provisoires et ne permettent pas de porter une appréciation définitive sur la situation financière du commerçant.

L'article 7 renvoie à un règlement grand-ducal à prendre sur avis de la Commission nationale pour la protection des données qui fixe les modalités de traitement des données ainsi obtenues et de diffusion auprès de tiers qui devront assurer un juste équilibre entre la nécessité d'information des secteurs économiques et la protection des personnes en conformité avec les principes repris dans la loi du 2 août 2002.

*Article 8*

Compte tenu de l'importance de l'augmentation de capital, un délai de trois ans a été considéré comme un délai raisonnable pour laisser aux sociétés existantes le temps de se conformer aux nouvelles dispositions en matière de capital minimum.