

N° 5157<sup>5</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2003-2004

**PROJET DE LOI**

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

\* \* \*

**SOMMAIRE:**

	<i>page</i>
1) Avis du Conseil d'Etat (11.11.2003) .....	1
2) Avis de la Chambre de Commerce (5.11.2003) .....	9
3) Avis de la Chambre de Travail (7.11.2003) .....	15
4) Avis de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises (12.11.2003)....	18
5) Avis de l'Ordre des Experts-Comptables (8.12.2003).....	23

\*

**AVIS DU CONSEIL D'ETAT**

(11.11.2003)

Par dépêche du 2 juin 2003, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice. Le texte du projet était accompagné d'un exposé des motifs et d'un commentaire des articles.

L'avis de la Chambre des métiers a été communiqué au Conseil d'Etat par dépêche du 31 octobre 2003. L'avis de la Chambre des employés privés lui a été communiqué par dépêche du 3 novembre 2003.

\*

**CONSIDERATIONS GENERALES**

Force est de constater que le nombre des faillites n'a cessé de croître au Luxembourg pour atteindre un niveau plutôt inquiétant. Le Conseil d'Etat renvoie à ce titre aux statistiques et illustrations publiées dans l'exposé des motifs du projet de loi sous avis. S'il est vrai que l'évolution dans les autres pays de l'Union européenne est similaire, il convient néanmoins de s'interroger sur les causes de ce phénomène et de prendre des mesures pour l'enrayer.

On peut certes considérer que dans une économie vivante et à la recherche de l'innovation, il faut saluer le fait que les entrepreneurs ne rensent pas devant le risque, ce qui entraîne nécessairement aussi des échecs et des déchets. On pourrait donc penser que le nombre élevé de faillites n'est que la face négative d'une activité économique très dynamique. S'il y a un brin de vérité dans cette approche, elle est néanmoins trop simpliste, car la plupart des faillites ont un impact micro-économique bien trop redoutable pour le négliger. En effet, chaque faillite d'une entreprise ayant eu une activité effective signifie autant de salariés au chômage et précipités dans une situation sociofinancière précaire, et autant de créanciers impayés, ce qui véhicule le risque de faillites en cascade.

En plus, on ne peut pas nier le fait que certains „spécialistes“ en la matière utilisent le système actuel, peu onéreux, pour éluder leurs responsabilités entrepreneuriales par des faillites organisées qui leur

permettent de sauver leur peau à eux, mais dont les effets néfastes pour les salariés et les tiers restent ceux décrits ci-avant.

Le Conseil d'Etat tient à rappeler à cet endroit que le dispositif législatif connaît déjà des mesures, à savoir la banqueroute simple, la banqueroute frauduleuse, l'escroquerie, l'abus de confiance, l'abus de biens sociaux, les interdictions professionnelles et l'extension de la faillite aux dirigeants coupables de machinations pour organiser la faillite de l'entreprise, qui permettraient de pallier certaines dérives.

Le Conseil d'Etat se demande dès lors à titre principal s'il ne conviendrait pas d'appliquer l'arsenal juridique existant de façon plus efficace plutôt que d'envisager l'introduction de nouvelles dispositions dont le résultat n'est guère acquis d'avance. Cette interrogation est d'autant plus justifiée que le but affiché du présent projet consiste à lutter contre les faillites *organisées*. Or, une application plus conséquente des mesures préindiquées est plus apte à lutter effectivement contre ce genre de faillites qu'une augmentation généralisée du capital social, qui risque d'exclure du commerce certaines micro-entreprises sans pour autant constituer un frein pour ceux qui sont de mauvaise foi.

De surcroît, une augmentation substantielle de l'exigence minimale du capital social pose aussi la question fondamentale de la liberté du commerce et de l'industrie. En effet, exiger un ticket d'entrée trop cher revient à exclure les moins lotis. Or, force est de rappeler que des destinées entrepreneuriales miraculeuses ont pris et prennent encore leur envol dans un garage ou une arrière-cour.

Au vu des considérations qui précèdent, ce n'est qu'à titre subsidiaire que le Conseil d'Etat analysera le projet de loi lui soumis.

\*

## EXAMEN DU TEXTE

### *Intitulé*

Il convient de faire d'abord une observation préliminaire quant à l'intitulé du projet. En effet, vu que le projet sous avis a comme objet la modification d'une série de lois, il faudra, dans l'intitulé du projet, énumérer tous les textes qui sont modifiés. Afin de permettre cependant une citation aisée du texte, il conviendra d'ajouter un article final disposant que la référence à la présente loi pourra se faire sous une forme abrégée en utilisant les termes de „loi du ... portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées“.

### *Article 1er*

L'article 1er du projet a comme objet de modifier plusieurs articles de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

#### *Point 1*

Le point 1 apporte deux modifications majeures en matière de capital social minimum des sociétés anonymes et donc aussi, en application de l'article 103 de la loi modifiée du 10 août 1915, en matière de capital des sociétés en commandite par actions.

D'un côté, le capital social minimum passe de 31.000 euros à 70.000 euros, de l'autre côté, le capital doit dorénavant être entièrement libéré à concurrence de ce minimum de 70.000 euros. En pratique, le deuxième volet aura plus d'impact, alors que d'un minimum à libérer au moment de la constitution de la société d'un quart de 31.000 euros, soit 7.750 euros, on passe maintenant à une somme à libérer de 70.000 euros. Se pose alors la question du bien-fondé du montant de 70.000 euros, d'une part, respectivement de la généralisation de cette exigence pour toutes les sociétés anonymes et assimilées, d'autre part. Les observations que le Conseil d'Etat fait ci-après au sujet de ces deux aspects vaudront *mutatis mutandis* pour l'examen des nouvelles exigences en matière de capital social minimum des sociétés à responsabilité limitée, réglementé au point 6 de l'article 1er et examiné ci-après:

En ce qui concerne, en premier lieu, le bien-fondé du choix du montant de 70.000 euros comme capital social minimum, à supposer qu'il soit maintenu, le Conseil d'Etat n'entend pas porter une appréciation sur le montant retenu, alors qu'il résulte d'une combinaison d'analyses économiques, de choix politiques et de comparaisons avec des législations étrangères. Comme ce montant doit désormais être entièrement libéré, la société en disposera pour le moins au moment de la constitution. Il ne faut cependant pas se faire d'illusion, la pratique regrettable consistant à retirer le capital du compte de la société

directement après sa constitution n'est pas enrayée du fait qu'au lieu de 7.750 euros, il faut avoir 70.000 euros inscrits au compte bancaire pour obtenir le mouvement de blocage-déblocage du capital lors de la constitution de la société par-devant notaire. Il y a certes l'article 100 de la loi modifiée de 1915 qui peut parer les abus les plus aigus, mais seul le sens de responsabilité des administrateurs peut faire en sorte que la notion de capital social soit une réalité effective et non une coquille vide tout au long de la vie d'une société. Il est vrai aussi qu'en vertu du nouvel article 167, les avances aux actionnaires sont interdites, de sorte qu'il ne sera plus possible de prélever le capital social aussitôt après la constitution de la société pour en reverser une partie aux actionnaires. Par contre, les constitutions en chaîne de sociétés „empruntant“ toutes les mêmes fonds pour disposer du capital requis au moment de la constitution restent possibles. Si cette procédure peut s'expliquer, mais non se justifier, dans un certain nombre de cas, elle n'est certainement pas indiquée pour les sociétés ayant une activité industrielle ou commerciale effective.

Compte tenu de ces observations, il faut en second lieu se demander si l'augmentation projetée du capital social minimum aura un impact quelconque sur le nombre des faillites, surtout celles qui sont „organisées“.

En troisième lieu, il faut s'interroger sur le bien-fondé de l'extension de la nouvelle exigence de capital social à toutes les sociétés, quel que soit leur type d'activité. Plus concrètement, il faut aborder deux types de sociétés pour lesquelles l'exigence d'un capital social plus élevé est sans doute inconcevable, sinon nuisible. D'un côté, il y a les micro-entreprises qui fonctionnent surtout sur base du travail des personnes qui les gèrent, souvent de petits artisans travaillant seul ou à quelques-uns, sans avoir besoin d'investissements coûteux. Pour eux, l'exigence d'un capital élevé rend beaucoup plus difficile, sinon impossible, la création de leur entreprise. Il est vrai que ces sociétés seront surtout des s.à r.l., souvent unipersonnelles, mais il convient d'aborder ici la question d'une façon générale.

D'un autre côté, à l'autre extrême, pour ainsi dire, il y a les sociétés de participation financière. Ces sociétés ne sont en pratique quasi jamais touchées par les faillites, alors qu'elles n'ont généralement pas d'activité commerciale proprement dite. En plus, ce type de sociétés n'ayant pas d'attaches économiques avec un pays donné s'établira dès lors dans la juridiction qui offrira les meilleures conditions au prix le moins onéreux. Le coût des frais de constitution et la hauteur du capital social minimum rentrent pour beaucoup dans les considérations des fondateurs de ces sociétés. Par ailleurs, ces sociétés n'ont le plus souvent ni salariés ni créanciers au sens des préoccupations en matière de faillite.

Eu égard même aux considérations vraies des auteurs du projet qui les amènent à vouloir modifier les exigences minima de capitalisation des sociétés en vue d'endiguer le fléau des faillites, à supposer ce but réalisable par une augmentation du capital social, les sociétés de participation financière peuvent avoir une orientation tout à fait distincte des sociétés qui ont une opération commerciale effective.

Toujours dans l'optique des auteurs, le critère qu'on pourrait retenir pour distinguer juridiquement ces deux types de sociétés est celui de l'exigence d'une autorisation d'établissement pour l'exercice de l'activité de la société. Une société dont l'activité consiste exclusivement dans la détention et la gestion de participations n'a en effet pas besoin d'un capital aussi élevé qu'une société à risque commercial effectif. L'exigence éventuelle d'une augmentation du capital social minimum à 70.000 euros, à présumer qu'elle soit maintenue, s'appliquerait dès lors aux seules sociétés ayant besoin d'une autorisation d'établissement.

Cette solution aboutirait donc à une diversification de l'exigence du capital social. Se poserait alors la question de la voie à retenir pour la formalisation de cette divergence. Il conviendrait en effet d'éviter que les sociétés de participation financière, qui bénéficient actuellement dans une large mesure du champ d'application des conventions fiscales bilatérales de non double imposition conclues par le Luxembourg, perdent cet avantage décisif du fait qu'elles ne seraient plus perçues par la communauté financière internationale comme des sociétés „normales“, à l'instar de la qualification déjà „subie“ par les sociétés holding. Si distinction il y avait, elle ne devrait donc pas apparaître au niveau de la loi sur les sociétés commerciales, mais elle serait à réaliser au moyen d'une disposition additionnelle dans la loi modifiée du 29 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, disposition qui énoncerait que, par dérogation à l'article 26, paragraphe 1er, 2e point, de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, toute société anonyme ou assimilée faisant une demande de pour l'obtention d'une autorisation d'établissement doit justifier d'un capital social intégralement souscrit et libéré d'au moins 70.000 euros. Cette solution résoudrait ainsi la question des sociétés de participation financière, mais non celle des micro-entreprises, qui sont bel et bien soumises à la loi modifiée du 28 décembre 1988.

Si cette solution était retenue, on n'aurait pas besoin de modifier la loi de 1915 sur ce point ni d'exiger la libération de la totalité du capital au moment de la constitution de la société. Une telle approche serait d'autant plus indiquée alors qu'une loi sur la titrisation sera prochainement adoptée et que les véhicules prévus en tant que sociétés de titrisation sont précisément les sociétés constituées en application de la loi de 1915 (cf. article 4 du projet de loi relative à la titrisation, doc. parl. No 5199) Or, la place financière de Luxembourg pourra s'établir comme acteur dans le marché hautement concurrentiel de la titrisation uniquement si les conditions sont telles qu'il est avantageux de constituer une société de titrisation chez nous plutôt qu'ailleurs. Qu'il soit rappelé ici que certains centres financiers en compétition avec le Luxembourg n'imposent pas du tout de capital social minimum pour ce type d'activités.

En conclusion aux développements qui précèdent, le Conseil d'Etat souligne, à titre principal, qu'il n'entrevoit pas l'utilité d'une augmentation du capital social minimum dans l'optique d'une diminution du nombre des faillites. A titre subsidiaire, il propose, le cas échéant, de reporter l'exigence d'un capital social minimum de 70.000 euros et d'une libération intégrale au moment de la constitution dans la loi sur le droit d'établissement et de maintenir l'article 26, paragraphe 1er, de la loi modifiée de 1915 dans son état actuel.

Le point 1 n'appelle pas d'autres observations de la part du Conseil d'Etat.

#### *Point 2*

Le point 2 apporte à l'article 31 de la loi modifiée de 1915 une modification en précisant que les fondateurs sont tenus solidairement responsables de la libération effective du capital minimum, alors que l'article 31 actuel ne rend pas les fondateurs responsables du versement du capital social minimum. Quelle que soit la solution qui sera finalement retenue quant au capital social minimum (cf. les observations relatives au point 1 ci-avant), le Conseil d'Etat recommande de maintenir cette exigence.

#### *Point 3*

La modification qui fait l'objet du point 3 consiste à supprimer, à l'article 37 *in fine* de la loi modifiée de 1915, l'interdiction d'émettre des actions ou coupures dont la valeur nominale est inférieure à 1,24 euros. Le Conseil d'Etat approuve la suppression de cette restriction qui ne repose sur aucune justification impérieuse.

#### *Point 4*

Afin de donner à l'exigence d'un capital social plus élevé tout son poids, il faut veiller à ce que ce minimum soit maintenu même en cas de perte: de capital. Voilà pourquoi le point 4 du projet prévoit de modifier l'article 100 de la loi modifiée de 1915 en ce sens qu'en cas de perte de la moitié voire de trois quarts du capital social, et dans l'hypothèse où l'assemblée décide de continuer la société, elle doit en même temps décider d'une opération en accordéon consistant à réduire le capital social à concurrence de la perte pour l'augmenter ensuite de manière à atteindre au moins le minimum exigé.

Si les auteurs du projet suivent le Conseil d'Etat dans ses observations exposées au point 1 à titre subsidiaire, deux solutions s'offrent. Dans une approche minimale, il faudra soit insérer une disposition similaire dans la loi sur le droit d'établissement, soit ajouter au nouvel article 100 de la loi modifiée de 1915, alinéa 2, à deux reprises: „... du capital minimum prévu respectivement à l'article 26 de la présente loi et à l'article ... de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.“

L'alinéa 2 de l'article 100 se lirait dès lors comme suit:

„Si suite à la perte de la moitié du capital social, celui-ci descend en dessous du capital minimum prévu respectivement à l'article 26 de la présente loi et à l'article ... de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, 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 respectivement à l'article 26 de la présente loi et à l'article ... de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.“

De l'avis du Conseil d'Etat, cette approche est cependant insatisfaisante, alors qu'elle soumet toutes les sociétés à l'obligation de recapitalisation. Or, seules celles tombant dans le champ d'application de la loi modifiée du 28 décembre 1988 sont réellement visées. Pour les autres, le maintien des exigences actuelles de l'article 100 apparaît comme suffisant. Leur imposer des charges supplémentaires peut même s'avérer nuisible.

Dès lors, le Conseil d'Etat préconise une seconde approche, consistant à inscrire la disposition afférente uniquement dans la loi modifiée de 1988 et à maintenir l'article 100 dans son état actuel.

#### *Point 5*

La modification de l'article 167 de la loi modifiée de 1915 qui est prévue au point 5 consiste dans la prohibition de consentir des avances aux actionnaires, à moins qu'il s'agisse d'opérations courantes qui entrent dans l'objet de la société et qui sont conclues à des conditions normales.

D'après le commentaire des articles, les critères de la régularité des avances sont volontairement flexibles et doivent être interprétés par rapport à l'évolution de la jurisprudence dans ce sens, et les auteurs du projet de renvoyer au Répertoire sociétés Dalloz. Le Conseil d'Etat estime que la sécurité juridique exige que ces critères soient définis plus clairement dans le texte même du projet, sinon du moins clairement et explicitement exposés dans le commentaire des articles.

Quant au fond, le Conseil d'Etat estime justifié d'interdire en principe les avances aux actionnaires, alors qu'il s'agit de prêts déguisés qui entament le capital social en dehors de l'objet de la société.

#### *Points 6 et 7*

Les points 6 et 7 apportent pour les sociétés à responsabilité limitée des modifications parallèles à celles pour les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions en ce qui concerne l'augmentation du capital social, qui passe de 12.400 à 25.000 euros, l'abolition d'une valeur minimale des parts, et l'obligation de vérification à charge, du notaire. Le Conseil d'Etat n'entend pas reprendre les mêmes observations que celles formulées ci-avant, qui s'appliquent *mutatis mutandis* également aux sociétés à responsabilité limitée.

Le Conseil d'Etat souligne cependant que les sociétés à responsabilité limitée seraient pour une grande partie encore plus durement frappées par l'exigence d'un capital plus élevé que les sociétés anonymes, alors que les petits commerçants adoptent par préférence cette forme sociale. Il est même très probable que la période transitoire de trois ans prévue par l'article 8 du projet de loi sera pour beaucoup d'entre elles trop courte, de sorte qu'elles devront se mettre en liquidation. On doit pour le moins constater qu'un tel effet serait pervers au vu des objectifs affichés par le projet sous avis.

#### *Point 8*

Le point 8 introduit un parallèle supplémentaire entre les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes, en exigeant dorénavant le contrôle d'un réviseur d'entreprises pour l'évaluation des apports en nature. Cela est d'autant plus justifié que ce type d'apports est plutôt fréquent pour les sociétés à responsabilité limitée. L'effectivité du capital social et le respect du montant minimal exigé passent par conséquent par un contrôle objectif de la valeur de ces apports. Aussi le Conseil d'Etat se rallie-t-il à cette extension de l'intervention d'un réviseur d'entreprises.

Du fait que l'article 184 ainsi modifié rend applicable aux sociétés à responsabilité limitée l'article 26-1 de la loi modifiée de 1915, il étend aux sociétés à responsabilité limitée également l'article 26-1, paragraphe 1er, qui dispose que les actions émises en contrepartie d'apports autres qu'en numéraire doivent être libérées dans un délai de cinq ans à partir de la constitution. Or, d'après l'article 183, point 3, de la même loi, la constitution d'une société à responsabilité limitée requiert que les parts sociales soient entièrement libérées au moment de la constitution de la société. Ces deux dispositions sont donc en contradiction flagrante. Il est vrai que le nouvel article 184, alinéa 1, exclut de l'application aux sociétés à responsabilité limitée les dispositions de l'article 26-1 „se rapportant au capital social“, mais il n'est pas évident que cette exclusion couvre aussi les dispositions applicables à la libération des parts.

Le Conseil d'Etat recommande dès lors d'exclure expressément l'article 26-1, paragraphe 1er, du champ d'application du nouvel article 184.

L'alinéa 1 de l'article 184 se lirait dès lors comme suit: „Les dispositions des articles 27, sous réserve de celles se rapportant au capital social, et 26-1 (2), (3) et (4) sont applicables aux sociétés à responsabilité limitée.“

#### *Point 9*

Le nouvel article 202-1, prévu au point 9, introduit pour les sociétés à responsabilité limitée des dispositions parallèles à celles de l'article 100 en matière de perte du capital social. Il appelle donc les mêmes observations. Il faut souligner que la loi ne prévoyait jusqu'ici pas de dispositions en matière de perte de capital social pour les sociétés à responsabilité limitée. Etant donné que le taux des faillites est particulièrement élevé pour ce type de sociétés, la mesure semble tout à fait justifiée, du moins dans l'optique des auteurs du projet. Le Conseil d'Etat pour sa part ne voit pas en quoi la situation du créancier changerait selon que la société est dissoute ou mise en faillite.

Il convient encore de relever qu'en vertu de l'article 193 de la loi modifiée de 1915, la tenue d'assemblées générales n'est pas obligatoire quand le nombre des associés n'est pas supérieur à vingt-cinq. Dans ce cas, chaque associé recevra le texte des résolutions ou décisions à prendre expressément formulées et émettra son vote par écrit.

Dès lors, soit on considère que même des décisions aussi graves que celles prévues par le nouvel article 202-1 peuvent être prises par écrit par chacun des associés sans consultation officielle des autres, soit on considère que les décisions de l'article 202-1 exigent dans tous les cas la convocation d'une assemblée générale des associés.

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'une décision aussi grave que la dissolution éventuelle de la société commande la tenue d'une assemblée extraordinaire en présence physique des associés. Il convient donc de préciser que les décisions de l'article 202-1 ne peuvent être prises que par une assemblée générale convoquée même si le nombre des associés est inférieur ou égal à vingt-cinq.

Ensuite, le Conseil d'Etat note que le paragraphe 1er du nouvel article 202-1 prévoit *in fine* que l'assemblée délibérera dans les conditions de l'article 199. Or, ledit article prévoit tant l'unanimité que la majorité des trois quarts du capital social. Il faudrait donc préciser quelle majorité est requise dans le cadre de l'article 202-1.

Enfin, le Conseil d'Etat note que la question n'est évidemment pas résolue pour les sociétés unipersonnelles. L'associé unique devra dès lors à lui seul décider soit de renflouer le capital, soit de dissoudre la société.

#### *Article 2*

L'article 2 du projet de loi sous avis modifie l'article 1er de la loi modifiée du 12 juillet 1977 modifiant et complétant e. a. la loi du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participation financière pour tenir compte de l'exigence d'un capital minimum de 70.000 euros dans le régime des sociétés holding.

S'appliquent ici les mêmes réflexions que par rapport aux sociétés de participation financière, d'autant plus que les holdings sont de toute façon exclues du bénéfice des conventions fiscales de non double imposition. Le Conseil d'Etat réitère dès lors sa recommandation en vue du maintien d'un montant minimum plus bas, en conservant l'exigence actuelle de 25.000 euros (1 million de LUF).

#### *Article 3*

L'article 3 introduit dans le cadre de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, l'exigence d'un plan financier certifié lorsque le demandeur présente sa demande en vue d'obtenir une autorisation d'établissement.

Si l'idée d'imposer aux prétendants à une autorisation d'établissement de faire l'exercice de planification financière est tentante et peut paraître très utile en théorie, les difficultés pratiques auxquelles se heurtera la mise en oeuvre semblent cependant dirimantes.

Il est certes vrai que la plupart des faillites surviennent pendant les trois premières années de l'existence d'une société. Or, les meilleures intentions des fondateurs de bonne foi peuvent être déjouées par la réalité des faits économiques. Quelles seront alors les conséquences pour la responsabilité de ceux qui ont certifié le plan? On ne peut nier qu'ils courent un risque professionnel si considérable qu'ils auront la tendance naturelle à ne certifier que les plans leur soumis par des opérateurs

économiques déjà bien rodés dans les affaires et ayant par le passé pu couronner de succès leurs créations d'entreprises. Le nouveau venu sans références, voire avec des expériences négatives, ne trouvera par contre que difficilement un professionnel ou une chambre qui lui fournira la certification de son plan financier. Quelles seraient les conséquences d'un tel refus? La production du plan paraît être érigée en condition supplémentaire pour l'obtention d'une autorisation d'établissement, de sorte que le candidat qui ne pourra pas s'en procurer sera exclu.

En outre, quelle est la valeur contraignante du plan pour le commerçant lui-même? Lui est-il permis de s'en départir si au cours de la durée de validité du plan il s'avère nécessaire de redéfinir les priorités?

Le Conseil d'Etat note encore que de toute façon, la phrase telle qu'elle est rédigée *in fine* à l'article 3, point 1, ne fait pas de sens. En effet, pourquoi limiter l'exigence du plan financier aux personnes morales pour dire ensuite „dans le cas d'une société“, ce qui laisse entendre que l'exigence vaut également pour les personnes physiques? Ensuite, exiger une certification du capital social de la société est superflu, alors que c'est le notaire qui en est chargé.

Le Conseil d'Etat recommande dès lors de faire abstraction de l'exigence d'un plan financier. De surcroît, il rappelle que la loi modifiée du 28 décembre 1988 fait actuellement l'objet à son tour d'un projet de loi modificatif (*doc. parl. No 5147*). Si les auteurs souhaitent dès lors renforcer les conditions d'accès à certaines professions, il serait de bonne technique législative d'inclure ces modifications dans ledit projet, afin d'éviter que des modifications apportées par le présent projet ne se voient, le cas échéant, de nouveau retirer leur base légale par un autre projet adopté subséquemment. Cette recommandation vaut également pour de nouvelles exigences en matière de capital social qui pourraient être fixées dans le cadre de la loi modifiée en 1988.

#### Article 4

##### Point 1

Le point 1 introduit dans le Code de commerce à l'endroit de l'article 443, actuellement vidé de son contenu suite à l'abrogation de l'ancien texte par une loi du 8 janvier 1962, une nouvelle disposition permettant d'ouvrir au Luxembourg une procédure de faillite secondaire contre l'établissement luxembourgeois d'un débiteur dont le centre des intérêts principaux est situé dans un autre Etat membre de l'Union européenne.

Inversement, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un autre Etat membre de l'Union européenne, contre un débiteur disposant également d'un établissement au Luxembourg, sera publiée au Mémorial.

Cette nouvelle disposition reprend la substance de l'article 3 du règlement (CE) No 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Il convient de souligner qu'il ne s'agit pas d'une transposition, prohibée en matière de règlement communautaire, mais d'un simple renvoi aux dispositions dudit règlement, y compris à l'acceptation des termes qui y sont utilisés voire définis, dont notamment la notion d'établissement.

Il doit donc être clair que ce n'est pas le nouvel article 443 qui offre la possibilité d'ouvrir au Luxembourg une faillite secondaire, comme le laisse entendre le commentaire des articles, mais que c'est le règlement communautaire qui en constitue la base légale.

A titre purement formel, le Conseil d'Etat estime enfin qu'il convient d'écrire: „Il est inséré dans le Code de commerce un article 443 ayant la teneur suivante“, au lieu de „L'article 443 est remplacé par le texte suivant“, alors que cet article est actuellement vidé de son contenu.

##### Point 2

Le point 2 modifie l'article 494 du Code de commerce et augmente de deux à six semaines le délai dans lequel les curateurs doivent remettre au juge-commissaire leur premier rapport sur l'état de la faillite, et il oblige les curateurs à répondre dans les trois mois à tout questionnaire que le procureur d'Etat pourrait leur adresser relativement à la faillite.

Cette modification n'appelle pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

##### Point 3

Le point 3 apporte un ajout à l'article 536-1 du Code de commerce en formalisant la pratique qui existe déjà actuellement et qui consiste à permettre au tribunal d'autoriser le remboursement au curateur de certains frais avant la clôture de la faillite.

Le Conseil d'Etat approuve cette mesure, alors que les procédures de faillite s'étendent souvent sur plusieurs années et que les curateurs sont dans une majorité de cas de jeunes avocats qui doivent avancer les frais de gestion de la faillite alors qu'ils gagnent chez leur patron de stage souvent le strict minimum. Il n'est dès lors qu'équitable de rembourser ces frais le plus vite possible sans attendre le jugement de clôture de faillite. Le Conseil d'Etat recommande cependant de définir plus concrètement dans le texte même ce qu'il faut entendre par „frais exposés par le curateur immédiatement après le jugement déclaratif de la faillite“, alors qu'il n'est pas suffisamment précisé ni de quels frais il s'agit, ni jusqu'à quelle date ils peuvent être récupérés. Il est vrai que le commentaire des articles mentionne les frais de publication, mais il convient de faire profiter du nouveau régime d'autres frais aussi, comme par exemple les frais de récupération de l'actif avancés par le curateur. Sans vouloir à cet endroit engager le débat sur la nécessité d'instaurer un système de curateurs professionnels, il faut néanmoins soulever la question si, au vu du fait que les curateurs sont souvent de jeunes avocats plutôt démunis, il est équitable d'exiger qu'ils avancent lesdits frais, qui peuvent parfois atteindre des montants considérables. Le Conseil d'Etat suggère dès lors aux auteurs du projet de prévoir la faculté pour le tribunal d'autoriser la prise en charge directe par l'Administration de l'enregistrement et des domaines de certaines dépenses du curateur du moment que lesdites dépenses sont autorisées par le juge-commissaire. Il est entendu que si les actifs récupérés par la procédure de faillite le permettent, le tiers qui aura assuré la prise en charge directe des frais sera subrogé dans les droits du curateur et, s'agissant de créances *de* la masse, bénéficiera d'un droit de prélèvement préférentiel.

#### *Article 5*

L'article 5 complète l'article 97 de la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre, afin de donner une base légale à la pratique consistant à distribuer le tableau des protêts des lettres de change acceptées et des billets à ordre également à la Chambre de commerce et à la Chambre des métiers. Ces chambres professionnelles pourront ensuite assurer l'information de leurs membres, qui sont les principaux intéressés de ces listes.

Le Conseil d'Etat approuve le fait de donner une base légale certaine à cette distribution de données sensibles.

De plus, la mention de la valeur fournie sera ajoutée aux données renseignées dans le tableau.

#### *Article 6*

Dans le même ordre d'idées, les auteurs du projet prévoient d'informer les entreprises via leurs chambres professionnelles respectives des jugements au fond rendus contre des commerçants.

On peut certes estimer que ces mesures de publicité des mesures judiciaires et assimilées prises contre des pairs peuvent avoir comme objectif de prévenir les acteurs économiques pour qu'ils ne se trompent pas sur la qualité de leurs contreparties. On peut encore concevoir que dans l'optique des auteurs du projet, la transparence peut constituer un atout en vue d'éviter des faillites en cascade. Cependant, le Conseil d'Etat ne peut se rallier aux mesures prévues, alors qu'elles ne sont pas impartiales. En effet, dans la logique du texte sous avis, il suffit qu'un commerçant conteste le principal réclamé pour échapper à la transmission du jugement. Les concernés auront vite compris comment on peut échapper à la mise au pilori chez les pairs, sans que leur morale de paiement ne s'en trouve pour autant améliorée. D'un autre côté, un commerçant pourra très bien avoir payé ses dettes suite au jugement. Or, il n'est pas prévu que ses pairs soient également informés suite à ce redressement. Il faut donc conclure que les mesures prévues par l'article 6 mènent à une vue partielle et tronquée des réalités. De toute façon, un mauvais payeur sera vite repéré dans le monde économique, sans qu'il soit besoin d'en informer ses pairs via des chambres professionnelles.

Le Conseil d'Etat recommande par conséquent de supprimer l'article 6.

#### *Article 7 (6 selon le Conseil d'Etat)*

Dans la logique des observations ci-avant, le présent article gardera comme seul objet le traitement des données collectées sur base de l'article 5 du projet.

Par ailleurs, et en application des procédures prévues par la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, point ne sera besoin de prendre un règlement grand-ducal, mais il suffira de passer par une simple notification du traitement à la Commission nationale pour la protection des données.

L'article 7 (6 selon le Conseil d'Etat) sera par conséquent à reformuler en tenant compte des observations qui précèdent.

*Article 8 (7 selon le Conseil d'Etat)*

Le projet accorde un délai de trois ans aux sociétés anonymes et aux sociétés à responsabilité limitée pour atteindre les nouveaux seuils minima de capital social. Cet article appelle trois observations: en premier lieu, et paradoxalement, il faudra dans un premier temps s'attendre à une recrudescence des liquidations, alors que bon nombre de sociétés ne seront pas à même de réunir le capital exigé ni surtout à le maintenir tout au long de leur existence. Elles devront alors se mettre en liquidation en application respectivement des articles 100 et 202-1 de la loi modifiée de 1915, à moins que le ministère public ne décide de recourir à l'article 203.

En deuxième lieu, il convient d'ajouter les sociétés en commandite par actions aux types de sociétés mentionnés.

Enfin, si les auteurs du projet suivent le Conseil d'Etat dans ses observations subsidiaires relatives au lien à établir entre la hauteur du capital social minimum et l'exigence d'une autorisation d'établissement, la référence aux articles de la loi modifiée de 1915 devra être remplacée par une référence aux articles adéquats de la loi modifiée de 1988.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 11 novembre 2003.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*Le Président,*  
Pierre MORES

\*

## AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

(5.11.2003)

Par sa lettre du 9 juillet 2003, Monsieur le Ministre de la Justice a bien voulu saisir la Chambre de Commerce pour avis du projet de loi sous rubrique.

\*

### CONSIDERATIONS GENERALES

Le projet de loi sous avis s'inscrit sur la taille de fond de l'accroissement inquiétant du nombre de faillites prononcées au Grand-Duché au cours des dernières années.

Cette évaluation défavorable justifie des initiatives de la part des autorités publiques. La Chambre de Commerce se doit toutefois de mettre en garde contre l'introduction de certaines mesures simplistes, comme notamment l'augmentation du capital social minimum des sociétés de capitaux, qui ne sauraient constituer des remèdes miracles contre le fléau grandissant des faillites.

La Chambre de Commerce est d'avis que le phénomène des échecs d'entreprise n'est pas à analyser en vase clos et qu'il doit être apprécié au regard de la situation économique en général ainsi qu'en considération de la position compétitive des entreprises luxembourgeoises face à la concurrence étrangère, qui ne cesse de s'accroître avec le phénomène de la globalisation des marchés. Il faut noter également que les constitutions de sociétés nouvelles suivent également un rythme accéléré au Luxembourg, malgré un esprit d'entreprise ainsi que l'indiquent les statistiques relativement peu développées parmi les Luxembourgeois.

Aux yeux de la Chambre de Commerce, les causes des faillites sont aussi nombreuses que diversifiées.

Parmi les principales mesures retenues, à juste titre, par le projet de loi pour endiguer le nombre de faillites, la Chambre de Commerce reconnaît les suivantes:

- l'interdiction de principe des avances aux actionnaires;
- l'évaluation des apports en nature dans une société à responsabilité limitée par un réviseur d'entreprises;

- l'obligation pour le curateur de répondre dans un délai de 3 mois au questionnaire à lui soumis par le parquet;
- l'introduction d'une base légale pour la diffusion publique des listes de protêts et des jugements de condamnation en matière commerciale.

D'autres mesures préconisées ne peuvent en aucun cas trouver l'accord de la Chambre de Commerce à savoir:

- l'augmentation du capital social minimum des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée;
- la responsabilité personnelle du dirigeant d'entreprise au cas où le capital social serait considéré a posteriori comme ayant été insuffisant au regard de l'activité exercée;
- l'obligation de soumettre au Ministère des Classes Moyennes un plan de financement certifié par des experts en la matière.

La Chambre de Commerce voudrait relever en ce qui concerne ces points, que l'introduction de telles mesures va à l'encontre des conclusions tirées au sein d'un groupe de travail ayant fonctionné pendant de longues années sous l'égide du Ministère de la Justice et qui sont formalisées dans un rapport final du 29 janvier 1998.

La Chambre de Commerce voudrait par ailleurs mettre l'accent sur un certain nombre de mesures qui mériteraient d'être prises et qui n'ont pas trouvé leur place dans le cadre du projet de loi sous avis:

- l'augmentation conséquente des effectifs des autorités judiciaires en charge des faillites d'entreprises;
- la mise en cause du rôle de l'Etat, au regard notamment des retards de paiement de la part des autorités publiques et des privilèges occultes du Trésor;
- une meilleure formation professionnelle spécifique des curateurs de faillites;
- l'obligation faite aux différentes administrations de l'Etat de coopérer en temps utile avec les autorités judiciaires en cas d'accumulation de dettes de la part d'une entreprise;
- l'introduction d'une réserve immunisée d'impôts en cas de création d'entreprise ainsi que du netting fiscal en présence de créances d'une entreprise sur une administration.

Il faut de plus insister avec vigueur sur le fait que le présent projet de loi n'a, à raison, pas la prétention de fournir le cadre légal final pour combattre efficacement l'évolution du nombre des faillites.

En effet, le système légal luxembourgeois applicable en matière de faillite est à considérer comme vétuste et dépassé.

A l'instar de ce qui se passe dans nos pays voisins, il échet d'introduire un cadre légal ne reposant pas sur un esprit répressif en matière de faillite, mais qui, au contraire, met l'accent sur la prévention en matière de faillites.

Il est ainsi primordial de créer un cadre légal permettant de disposer de ce qu'on appelle souvent des „clignotants d'alarme“ et qui, de plus, prévoit les moyens adéquats à mettre en oeuvre en cas d'alerte.

La Chambre de Commerce est consciente du fait que ceci implique une réforme fondamentale de notre droit de la faillite.

Finalement, il y a lieu de relever que, sur d'autres points, des mesures ont déjà été prises en matière de lutte contre les faillites.

Il en est ainsi notamment de la réforme du droit d'établissement mettant dorénavant l'accent sur une formation adéquate en matière de gestion d'entreprise, ainsi que de la réforme du Registre de Commerce et des Sociétés.

La Chambre de Commerce ne voudrait pas terminer cette partie générale sans aborder le phénomène tant médiatisé des faillites frauduleuses ou organisées.

Il est indéniable que de telles pratiques criminelles sont inadmissibles et qu'il faut les combattre avec tous les moyens, même si aux yeux de la Chambre de Commerce, ce phénomène constitue l'exception et n'est dès lors pas à l'origine du nombre important des faillites au Luxembourg.

A cet égard, il faut toutefois insister sur le fait que le cadre légal applicable au Luxembourg fournit d'ores et déjà un certain nombre de dispositions qui vont justement dans ce sens.

Il en est ainsi de l'action en comblement du passif et de la possibilité d'infliger une interdiction professionnelle à des dirigeants d'entreprise mal intentionnés.

Malheureusement, ces dispositions sont trop rarement appliquées en pratique par nos tribunaux, faute, il faut y insister, de personnel qualifié suffisant pour poursuivre efficacement de tels dirigeants d'entreprise.

Un jugement récent du tribunal de commerce toutefois vient de condamner deux dirigeants d'entreprise, dans le cadre d'une action en comblement de passif, à supporter en partie les dettes de leur entreprise tombée en faillite.

#### *Concernant l'article 1 point 1*

Cet article tend à modifier l'article 26 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales en portant le capital social minimum requis pour la constitution d'une société anonyme de 31.000 euros à 70.000 euros.

La Chambre de Commerce réitère son opposition tant au principe du relèvement du capital social minimum qu'à l'envergure de cette augmentation.

Il est à noter que l'augmentation du capital social minimum va à l'opposé de ce qui peut être observé dans certains de nos pays voisins.

Ainsi en France, une loi du 1er août 2003 a-t-elle supprimé toute exigence légale au sujet du montant minimal du capital social en prévoyant que „le montant du capital social de la société à responsabilité limitée est fixé par les statuts“.

La même évaluation peut être constatée en Grande-Bretagne.

Il s'agit ainsi de dédramatiser l'acte de création d'une entreprise et de déconnecter l'acte de création lui-même de la recherche des fonds nécessaires au financement de l'activité de l'entreprise.

L'exposé des motifs du projet de loi en France dénonce en effet le caractère illusoire de la protection des créanciers que constitue un capital social minimal, le plus souvent dépensé dans les premières semaines de l'activité. Il observe que „l'utilité d'un capital social de départ n'est pas avérée“ et qu'il n'existe „aucune logique à ce que la loi détermine arbitrairement quel est le bon niveau de capital pour lancer une activité économique“.

L'approche que le capital social minimum constitue un gage pour les créanciers a été progressivement contestée. La possibilité de ne libérer que progressivement le capital initial pendant les cinq premières années d'existence de la société, lui enlevait déjà une grande part de sa signification initiale. Plus fondamentalement, il apparaît que le capital initial est rapidement utilisé pour l'investissement ou le démarrage de l'activité et ne constitue donc plus une véritable garantie. Il ne faut pas perdre de vue que c'est l'actif social, plus que le capital figurant au passif, qui constitue le gage effectif des créanciers.

Un autre argument retenu a été que la détermination du capital par les statuts permet d'adapter le montant à la nature de l'activité de la société. Les associés disposent d'une totale liberté pour fixer le capital au niveau qui leur apparaît correspondre le mieux aux caractéristiques du projet qu'ils entendent mettre en oeuvre.

Le droit français soumet ainsi dorénavant seules les sociétés par actions et certaines sociétés particulières (banques, assurances, entreprises d'investissement, ...) à un capital dont le minimum est fixé par la loi. Ces nouvelles dispositions législatives ont pour objet principal de favoriser la création d'entreprises. Par ailleurs, les travaux préparatoires à cette loi font valoir que, dans certaines activités, l'industrie des associés a plus d'importance que le capital social. Il est indéniable que l'augmentation du montant du capital initial ne signifie pas pour autant que l'entreprise aura plus de liquidités.

Au Luxembourg, l'introduction d'une telle mesure n'est en outre pas neutre sur le plan fiscal puisque l'augmentation du capital aura pour effet d'augmenter le droit d'apport dû en application de la loi réglant l'impôt sur les rassemblements de capitaux dans les sociétés civiles et commerciales.

Par ailleurs, l'augmentation de capital est une contrainte supplémentaire pour la constitution des SOPRAFI et autres sociétés financières, alors qu'il s'agit d'une activité importante pour la place financière. Aux yeux de la Chambre de Commerce, il importe que les auteurs du projet de loi prennent la mesure de l'utile en ce qui concerne les nouvelles règles pour ces formes de sociétés.

Ainsi des mesures à la limite justifiables pour des sociétés à forte intensité de capital peuvent-elles s'avérer contre-productives pour d'autres sociétés non soumises à de telles exigences en raison de leur activité.

Même si la nouvelle loi française ne vise que les sociétés à responsabilité limitée, la Chambre de Commerce est d'avis que les réflexions générales qui précèdent s'appliquent également, peut-être dans une moindre mesure, aux sociétés anonymes.

En tout état de cause, un capital social minimum de 70.000 euros mettrait le Luxembourg dans le peloton de tête parmi les pays européens.

En conséquence, la Chambre de Commerce s'oppose à l'augmentation préconisée et estime qu'il serait plus judicieux que les exigences de financement soient adaptées aux activités des entreprises et non pas alignées aveuglément sur le type de société retenu par les fondateurs. C'est donc plus au niveau de la législation sur l'établissement et du type d'activité visé qu'il y a lieu d'agir et moins sur celle relative aux sociétés commerciales.

#### *Concernant l'article 1 point 2*

Ce point modifie l'article 31 de la loi sur les sociétés commerciales pour préciser que les fondateurs d'une société anonyme sont tenus solidairement de la libération intégrale du capital social minimum.

La Chambre de Commerce n'a pas d'observations particulières à formuler à cet égard.

#### *Concernant l'article 1 point 3*

Il est proposé de supprimer, le dernier alinéa de l'article 37 de la loi du 10 août 1915, à savoir l'interdiction d'émettre des actions ayant un taux inférieur à 1,24 euro.

Ce point n'appelle pas d'observation de la part de la Chambre de Commerce.

#### *Concernant l'article 1 point 4*

Les auteurs du projet de loi proposent de modifier l'article 100 de la loi de 1915 pour introduire l'obligation, en cas de pertes supérieures à la moitié du capital social, de convoquer une assemblée générale pour décider de la réduction de ce capital social suivie d'une augmentation à concurrence du capital social minimum au moins.

La Chambre de Commerce reconnaît que le régime actuel de l'article 100 précité, qui n'exige en pareil cas que la tenue d'une assemblée générale pour délibérer sur une dissolution éventuelle de la société, sans obligation de refinancement, n'est pas satisfaisant.

Toutefois, on peut également estimer que les nouvelles dispositions, de par leur rigueur, ne prennent pas en considération le fait que, pendant les premières années d'exercice, il peut y avoir perte de capital sans que pour autant la santé financière d'une entreprise ne soit nécessairement menacée.

#### *Concernant l'article 1 point 5*

Ce point modifie l'article 167 de la loi du 10 août 1915 et concerne l'interdiction de principe de procéder à des avances aux actionnaires; des exceptions sont toutefois prévues en ce qui concerne l'hypothèse de groupes de sociétés et le cas de banques, pour autant que ces avances rentrent dans l'objet de la société et sont consenties à des conditions normales.

Aux termes du commentaire des articles, les conditions dérogatoires ainsi posées ont volontairement un certain caractère de généralité permettant une appréciation flexible au cas par cas.

La Chambre de Commerce insiste sur cette flexibilité, alors que cette mesure, justifiée en soi, ne doit pas conduire à pénaliser la place financière du Luxembourg qui s'est construite une certaine réputation qui fait d'elle une terre d'accueil en matière de sociétés financières et qui participent ainsi à l'essor du secteur financier du Grand-Duché.

#### *Concernant l'article 1 point 6*

Ce point constitue le corollaire du point 1 de l'article 1 en augmentant le capital social minimum requis pour la constitution d'une société à responsabilité limitée de 12.400 euros à 25.000 euros.

En ce qui concerne le principe même d'une telle augmentation, la Chambre de Commerce renvoie à ses observations et critiques formulées à l'encontre du point 1.

Elle voudrait toutefois renforcer ces critiques en ce qui concerne le montant préconisé par les auteurs du projet de loi pour le capital social des sociétés à responsabilité limitée.

En effet, à la connaissance de la Chambre de Commerce, seule l'Autriche dépasserait, parmi les pays communautaires, le montant minimal requis pour les SARL, de sorte que la position compétitive du Luxembourg s'en trouvera considérablement atteinte.

L'augmentation du capital social minimum requis pour les sociétés à responsabilité limitée de 12.400 euros à 25.000 euros aura par ailleurs pour effet d'inhiber la création des PME. La plupart des PME optent en effet pour la structure juridique de la société à responsabilité limitée.

Ici encore, la Chambre de Commerce s'oppose à la modification projetée.

*Concernant l'article 1 point 7*

Cet article n'appelle pas de commentaires particuliers.

*Concernant l'article 1 point 8*

Cette modification a pour objet d'imposer un contrôle de l'évaluation des apports en nature dans une société à responsabilité limitée par un réviseur d'entreprise. Quoique cette mesure entraîne un coût supplémentaire pour la plupart des PME, la Chambre de Commerce peut se déclarer d'accord avec cet alignement sur ce qui existe de longue date pour les sociétés anonymes.

*Concernant l'article 1 point 9*

La Chambre de Commerce renvoie à cet égard aux observations concernant l'article 1 point 4.

*Concernant l'article 2*

Cet article modifie les dispositions légales applicables aux sociétés de participation financières pour aligner le capital social minimum requis pour la constitution de ces sociétés sur les nouveaux montants de capital social minimum requis pour la constitution d'une société anonyme.

La Chambre de Commerce renvoie quant à l'impact prévisible sur la place financière du Luxembourg, aux développements concernant l'article 1 point 1. En effet elle est d'avis qu'un projet de loi prévoyant des mesures ponctuelles dans le cadre de la lutte contre les faillites ne devrait pas aboutir à des modifications législatives ayant impact négatif sur les activités de la place financière du Luxembourg, qui ne se retrouvent d'ailleurs que très marginalement parmi les déclarations de faillite.

*Concernant l'article 3*

L'article 3 tend à modifier la loi d'établissement du 28 décembre 1988 pour introduire l'obligation pour toute personne morale requérant une autorisation d'établissement de soumettre au Ministère des Classes Moyennes un plan de financement concernant l'activité prévisible sur les 3 années à venir.

La Chambre de Commerce ne peut pas se déclarer d'accord avec cette disposition.

En effet, si elle ne veut évidemment pas mettre en doute l'extrême importance de la présentation d'un plan d'affaires accompagné d'un plan de financement, la Chambre de Commerce se permet de mettre en cause l'opportunité d'introduire une obligation légale exigeant la soumission d'un tel plan.

Il ne faut pas perdre de vue que le marché lui-même, et surtout les établissements dispensateurs de crédit, exigent de toute façon la présentation de plans d'affaires.

La Chambre de Commerce ne voit pas la plus-value d'une disposition légale obligeant les seules personnes morales à remettre un plan d'affaires au Ministère des Classes Moyennes, qui, de par le nombre des démarches d'autorisation qui lui sont annuellement soumises, n'est tout simplement pas à même de tirer un quelconque avantage de tels documents.

Il semble dès lors que la seule raison de l'introduction de cette disposition soit l'objectif d'engager, le cas échéant, la responsabilité personnelle du dirigeant d'entreprise au cas où il s'avérerait a posteriori, en cas d'échec, que le plan de financement n'était pas réaliste.

Par ailleurs, le projet de loi prévoit que le plan de financement doit être certifié soit par un réviseur d'entreprise, soit par un expert-comptable, soit par la chambre professionnelle compétente.

Il est évident que cette exigence aura une répercussion non négligeable sur le coût de constitution d'une société.

En ce qui concerne la certification par le biais d'une chambre professionnelle, la Chambre de Commerce est d'avis que tel n'est pas le rôle ni de la Chambre de Commerce ni de la Chambre des Métiers.

Pour toutes ces raisons, la Chambre de Commerce s'oppose énergiquement à l'introduction de ces mesures.

*Concernant l'article 4*

Le point 1 de cet article modifie l'article 443 du Code de Commerce pour introduire les modalités d'exécution du règlement CE 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

Il sera ainsi possible de déclarer en faillite au Luxembourg un établissement d'un commerçant dont les intérêts principaux sont situés dans un autre Etat membre de l'Union Européenne. La Chambre de Commerce n'a pas d'observation à formuler à cet égard.

Le point 2 de cet article modifie l'article 694 du Code de Commerce en rallongeant à 6 semaines le délai dans lequel les curateurs doivent remettre un premier rapport sur les causes de la faillite au tribunal, mais en prévoyant également expressément l'obligation pour les curateurs de remettre un tel rapport.

La Chambre de Commerce accueille favorablement ces dispositions.

*Concernant les articles 5, 6 et 7*

Les articles modifient l'article 97 de la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre et introduisent la base légale nécessaire à la diffusion publique de la liste des protêts et des jugements de condamnation en matière commerciale.

La diffusion de ces listes sera dorénavant confiée à la Chambre de Commerce et à la Chambre des Métiers.

La Chambre de Commerce se félicite de cette modification dans la mesure où ces documents officiels constituent des sources d'information non négligeables pour apprécier la solvabilité d'une entreprise.

La diffusion de ces listes sera assurée auprès de la Chambre de Commerce par le biais de son Centre de Formalités et d'Information.

La Chambre de Commerce relève que l'article 97 nouveau de la loi précitée du 9 janvier 1962 dispose que chacun peut prendre connaissance de ces documents auprès de la Chambre de Commerce ou de la Chambre des Métiers.

Le commentaire des articles précise, quant à lui, que „les tableaux pourront y être consultés sur place“.

Conformément à l'article du projet de loi sous avis, il appartiendra à la Commission nationale pour la protection des données de fixer les modalités exactes de traitement de ces données.

La Chambre de Commerce voudrait insister d'ores et déjà sur son souci de rendre la diffusion de ces informations la plus large possible.

*Concernant l'article 8*

Cet article contient les dispositions transitoires et prévoit un délai de 3 ans pour se mettre en conformité avec les nouveaux montants minima du capital social des SA et des SARL.

Dans la mesure où la Chambre de Commerce s'oppose au relèvement de ces montants minima, cet article n'a pas de raison d'être à ses yeux.

A titre subsidiaire, elle propose d'octroyer un délai de 5 ans aux sociétés concernées.

\*

Après consultation de ses ressortissants, et au vu des remarques fondamentales qui précèdent, la Chambre de Commerce ne peut marquer son accord aux dispositions du projet de loi sous avis que sous réserve de la prise en compte de celles-ci.

\*

## AVIS DE LA CHAMBRE DE TRAVAIL

(7.11.2003)

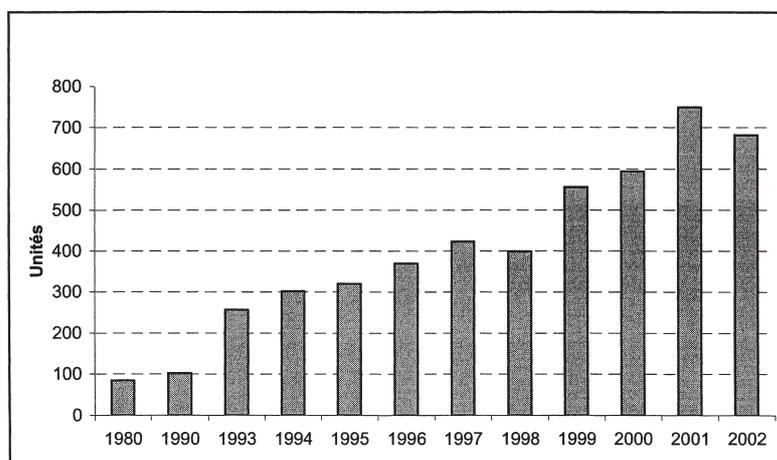
Par lettre en date du 9 juillet 2003, M. le ministre de la Justice a fait parvenir pour avis à notre chambre professionnelle le projet de loi portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées.

\*

### OBSERVATIONS LIMINAIRES

Le projet de loi sous avis est accueilli favorablement par notre chambre, qui, au cours des dernières années, a, à maintes reprises, dénoncé l'évolution préoccupante des faillites au Luxembourg.

En effet, depuis l'année 1999, l'on a connu une croissance rapide du nombre des faillites, comme le montre le graphique ci-après.



Source: Statec

Si le nombre de faillites a légèrement diminué au cours de l'année 2002, force est cependant de remarquer que cette évolution à la baisse ne se poursuit plus en 2003, puisque le nombre des faillites au cours des 6 premiers mois de l'année 2003 est supérieur à celui de la période correspondante de l'année 2002 (343 unités contre 331).

Les données contenues dans l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi montrent que ce sont deux activités qui sont particulièrement concernées par les faillites, à savoir le *commerce de gros* et les branches *immobilier, location et services aux entreprises*.

Malheureusement, ce n'est pas seulement l'augmentation des faillites qui est source de soucis au Luxembourg, mais aussi la comparaison du Luxembourg avec les autres pays qui est très défavorable. Ainsi, en 2002, avec 360 faillites pour 100.000 salariés, le Luxembourg est le champion en Europe, loin devant la Suède, qui occupe la 2e place avec 181 faillites pour 100.000 salariés<sup>1</sup>.

Par conséquent, il ne peut y avoir aucun doute sur la nécessité de légiférer en matière de prévention des faillites. Les mesures proposées par le projet de loi sous avis sont un bon pas dans cette direction. La Chambre de travail regrette cependant qu'il n'y ait pas de mesures en faveur des salariés qui sont victimes d'une faillite. Ce sont en effet surtout les salariés et les petits fournisseurs des entreprises en faillite qui connaissent d'importantes difficultés, et souvent des drames humains, s'ils sont dépourvus des moyens financiers en raison des lenteurs en matière de gestion des faillites.

C'est pourquoi la Chambre de travail demande l'obligation pour les entreprises de **déposer une garantie bancaire** en vue du payement des salaires en cas de difficultés économiques.

<sup>1</sup> Source: Creditreform, SVR, cité dans l'avis sur l'évolution économique, sociale et financière du pays 2003 du Conseil économique et social.

En outre, une **augmentation du superprivilège** garantissant les créances des salariés en cas de faillite de l'employeur figurant à l'article 2101, paragraphe (2) du code civil avec une augmentation du même ordre de grandeur de la garantie par le Fonds pour l'emploi (article 46 (1) de la loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail) s'impose. En effet, ce plafond, qui correspond à 6 fois le salaire social minimum pour un travailleur non qualifié âgé de 18 ans au moins n'a pas été augmenté depuis longtemps et nombreux sont les salariés dont les créances excèdent ce montant.

Finaleme nt, la Chambre de travail demande également une réforme de la **procédure en matière de faillites frauduleuses**. Une procédure entamée pour analyser le caractère frauduleux de la faillite bloque en effet la gestion de la faillite pour ce qui est de la prise en charge des créances des salariés par le Fonds pour l'emploi et prive ces derniers donc de leurs ressources financières.

\*

### ANALYSE DES ARTICLES DU PROJET DE LOI

#### *Ad article 1er, point 1.: Responsabilité solidaire en matière de souscription du capital*

La Chambre de travail, qui note avec satisfaction l'augmentation du capital minimum pour la constitution d'une société anonyme, se demande cependant s'il suffit que les fondateurs soient solidairement responsables d'un quart seulement des actions souscrites et s'il ne faut pas augmenter cette proportion.

#### *Ad article 1er, point 4.: Tireur de la sonnette d'alarme (whistleblower)*

La convocation par les administrateurs de l'assemblée générale en cas de constatation d'une perte de la moitié du capital social est évidemment à saluer. Notre chambre se demande cependant ce qui se passe si les administrateurs ne font pas le constat de la perte („... moment où la perte a été constatée par eux *ou aurait dû l'être* ...“). Est-ce que la législation luxembourgeoise ne devrait pas instaurer le concept de „tireur de sonnette d'alarme“ (*whistleblower*) et assurer une protection juridique contre le licenciement à celui-ci?

De cette manière, une personne salariée de la société pourrait alerter les intéressés (organisations syndicales, autorités judiciaires ...) en cas d'inactivité des associés tout en étant protégée contre les mesures répressives de ces derniers.

#### *Ad article 1er, point 5.: Poursuite efficace des contraventions*

Afin que les contraventions aux dispositions de l'article 167 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, qui interdit le versement d'avances aux actionnaires et la distribution de dividendes non prélevés sur des bénéfices réels, soient constatées et poursuivies dans les faits, la Chambre de travail demande une augmentation des ressources humaines et matérielles tant de la police judiciaire que du parquet économique.

#### *Ad article 3, point 1.: Déclaration sur l'honneur concernant l'activité des demandeurs d'autorisation*

La Chambre de travail note avec satisfaction la modification du 2e alinéa de l'article 2 de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.

Notre chambre demande cependant que le délai rétrospectif de 3 ans pour lequel le demandeur doit indiquer dans une déclaration sur l'honneur ses activités soit augmenté à 5 ans.

En outre, elle demande que ces déclarations soient obligatoirement 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. La seule possibilité prévue par le texte sous avis pourrait se révéler inefficace.

#### *Ad article 3, points 2. et 3.: Rapidité de la procédure d'exécution de la répartition d'actifs*

Si la Chambre de travail juge positifs les efforts entrepris en faveur d'une accélération de la procédure, elle est cependant d'avis que le problème de la rapidité d'exécution de la répartition d'actifs n'est toujours pas résolu. Elle se rallie entièrement à la proposition que formule le Conseil économique et social (CES) dans son avis sur l'évolution économique, sociale et financière du pays 2003:

*„Pour éviter en effet que la répartition de l'actif de la faillite ne soit suspendue en raison d'affaires pendantes devant d'autres instances juridictionnelles et que la masse des créanciers ne soit payée qu'au bout de ces affaires, c'est-à-dire après jugement définitif coulé en force de chose jugée, le CES est d'avis que les sommes non litigieuses devraient pouvoir être réparties d'office entre les créanciers visés.“*

Elle rappelle que ce sont surtout les salariés et les petits fournisseurs qui sont le plus durement touchés par les lenteurs d'exécution de la répartition d'actifs.

Par ailleurs, la Chambre de travail partage aussi les vues du CES lorsqu'il se prononce en faveur de la création d'une structure de curateurs professionnels, composée d'avocats, de juristes, d'économistes, de fiscalistes, d'experts-comptables et de réviseurs d'entreprises.

*Ad articles 5 et 6: Publication du tableau des protêts et communication des jugements*

La publication mensuelle du tableau des protêts est une mesure à saluer. Le dernier alinéa de l'article 97 nouveau de la loi modifiée du 8 janvier 1962 concernant la lettre de change et le billet à ordre prévoit le dépôt des tableaux auprès des greffes des tribunaux d'arrondissement et auprès de la Chambre de commerce et de la Chambre des métiers. Notre chambre demande que ce dépôt se fasse également auprès de la Chambre de travail et de la Chambre des employés privés, afin que les salariés soient mieux informés des difficultés auxquelles ils devront faire face le cas échéant.

Cette même observation vaut pour la transmission de la copie des jugements prononcés contre les commerçants qui n'ont pas contesté le principal réclamé.

Luxembourg, le 7 novembre 2003

*Pour la Chambre de Travail,*

*Le Directeur,*  
Marcel DETAILLE

*Le Président,*  
Henri BOSSI

\*

## AVIS DE L'INSTITUT DES REVISEURS D'ENTREPRISES

(12.11.2003)

Par courrier du 9 juillet 2003, Monsieur le Ministre de la Justice a invité l'Institut des Réviseurs d'Entreprises (ci-après „IRE“) à donner son avis sur le projet de loi sous rubrique. Comme de coutume, l'IRE ne prendra position que par rapport à ses domaines de compétence.

Les observations de l'IRE concernent les points suivants:

1. Réflexions préliminaires
2. Capital minimum et obligation de recapitaliser
3. Avances aux actionnaires et aux associés
4. Apport en nature
5. Plan de financement

\*

### 1. REFLEXIONS PRELIMINAIRES

Le projet de loi entend instaurer certains instruments de lutte contre les faillites. Les statistiques reprises dans le projet de loi indiquent 750 faillites en 2001, ce chiffre va croissant. Si le chiffre absolu peut paraître inquiétant, une analyse détaillée permet de constater que les faillites concernent surtout les petites entreprises et les entreprises relativement jeunes. Par ailleurs, il est nécessaire de mettre cette statistique dans son contexte. En effet, nous remarquons que le ratio nouvelles sociétés/faillites passe de 32,11 en 1990 à 10,87 en septembre 1999 (source „Merkur 8/2003 – octobre“). Compte tenu de cette statistique, il nous apparaît inadéquat d'imposer un ensemble de règles, dont certaines très contraignantes, qui ont un caractère général à l'ensemble des entreprises luxembourgeoises.

L'IRE s'inquiète de certaines de ces mesures qui influencent négativement l'activité au Luxembourg en introduisant des formalités supplémentaires à tous, alors que le législateur ne vise que certaines situations bien déterminées.

Les contraintes supplémentaires prévues au présent projet de loi ne pourront qu'avoir une influence négative sur l'esprit et la création d'entreprises ainsi que sur la nécessaire flexibilité pour le développement des affaires.

Le Luxembourg a mis en place dans un passé récent, des dispositions fiscales permettant une ingénierie fiscale internationale efficace et sérieuse, notamment par le biais de sociétés de participations financières (Soparfi). L'IRE craint que les mesures destinées à combattre les faillites, dépassent les objectifs fixés par les auteurs du projet de loi et mettent en péril la situation concurrentielle du Luxembourg par rapport aux places étrangères.

Pour conclure l'IRE s'interroge sur la pertinence des moyens mis en oeuvre au présent projet de loi pour juguler de manière efficace le nombre de faillites.

\*

### 2. CAPITAL MINIMUM ET OBLIGATION DE RECAPITALISER

Le projet de loi entend rehausser le capital minimum pour les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes. Dans la vision des auteurs du projet de loi, le capital est un élément statique correspondant à la mise de l'actionnaire/associé, mise qui subit le risque économique. Définir un capital minimum revient à définir un risque minimal que l'actionnaire/associé doit prendre en constituant une société anonyme ou une société à responsabilité limitée.

Dans la pratique on constate cependant que le capital est loin d'être une grandeur figée, mais il s'agit de la mise des actionnaires/associés qui pourra varier en fonction des circonstances et de l'évolution de la société. En théorie financière du moins, cette mise a un coût spécifique pour la société.

Si l'objectif des auteurs du projet de loi était d'assurer à la société un support adéquat de la part de ses actionnaires/associés au cours de son évolution, la redéfinition du capital minimum ne semble que partiellement satisfaire cet objectif. Il est vrai que le recours à un capital minimum peut constituer un

pis-aller afin de ne pas retenir des formulations plus vagues du type capitalisation adéquate ou financement adéquat. Nous reviendrons sur ce point.

L'IRE salue la proposition rendant applicables aux sociétés à responsabilité limitée les dispositions de l'actuel article 100 de la loi modifiée du 10 août 1915. Ceci obligera le gérant de la société à responsabilité limitée à informer les associés de la société sur des problèmes éventuels rencontrés et les mettre face à leurs responsabilités. La ségrégation existant actuellement entre société anonyme et société à responsabilité limitée dans ce domaine ne donne pas de sens, alors même que les deux types de sociétés peuvent avoir des activités et des tailles similaires.

Le projet de loi prévoit une recapitalisation aux montants minima exigés par le législateur pour les différentes formes de société. Nous constatons qu'il n'y a pas de délai pour procéder à cette recapitalisation.

Faut-il en déduire que cette recapitalisation doit suivre immédiatement la décision de l'assemblée générale?

La recapitalisation doit permettre d'atteindre le capital minimum exigé. Dans le cas d'une société avec une capitalisation initiale importante, qui fait des pertes importantes, l'exigence de recapitalisation au capital minimum n'atteint pas nécessairement le but recherché et ne permet pas à la société de retrouver des niveaux de capitaux propres lui permettant d'envisager l'avenir avec sérénité.

L'IRE voudrait souligner que la recapitalisation n'est pas le seul moyen de permettre à une entreprise de redresser ses activités. Il importera de lui mettre des fonds à disposition sans que ces fonds doivent nécessairement prendre la forme de capitaux. Citons à titre d'exemple des emprunts octroyés par l'actionnaire/associé ou des emprunts subordonnés. A noter que dans certains pays européens, les fonds mis à disposition par l'actionnaire/associé sont dans certains cas subordonnés de par la loi dans une situation de concours des créanciers.

Le projet de loi prévoit des délais pour permettre à une société d'atteindre le capital minimum. Il n'y a cependant pas de délai prévu pour les sociétés qui se trouvent en situation d'actif net comptable négatif et qui devront trouver des actionnaires susceptibles de les recapitaliser pour atteindre le capital minimum prévu. Afin de ne pas provoquer une vague de faillites au moment de l'entrée en vigueur de la loi, l'IRE se demande s'il n'est pas opportun de prévoir un délai de régularisation dans ces cas précis.

Les apports effectués pour recapitaliser la société seront, en principe, soumis au droit de 1%. Comme il s'agit de reconstitution du capital, diminué par des pertes comptables constatées, l'IRE plaide en faveur d'une exonération du droit d'apport dans ces situations.

Le projet de loi ignore les situations spécifiques à certaines activités, qui seront susceptibles de dégager structurellement des pertes comptables, sans que la situation financière ou la trésorerie de la société ne soient entamées. Tel sera par exemple le cas d'une exploitation hôtelière ou d'un golf. En raison des délais d'investissements et des amortissements importants, combinés généralement à un développement régulier, mais lent du chiffre d'affaires, la société va dégager des pertes comptables pendant les premières années de son exercice, alors même que sa situation financière peut être saine et qu'elle n'a aucun besoin de fonds nouveaux.

Tel sera surtout le cas pour les structures de type Soparfi, une perte comptable peut être plus que compensée par des plus-values non réalisées sur les participations. Dans l'état actuel des règles comptables, les plus-values non réalisées ne seront comptabilisées, alors que les frais de fonctionnement et de financement pèsent sur les résultats. Une perte comptable, pouvant dépasser les seuils de l'article 100, est possible, sans que la situation financière, la trésorerie et la continuité des opérations de la société ne soient mises en cause. Dans une telle situation, la recapitalisation est inutile, mais provoquera un effort financier et un coût pour la structure qui influencera négativement la situation concurrentielle du Luxembourg par rapport aux places étrangères.

\*

### **3. AVANCES ACCORDEES AUX ACTIONNAIRES ET AUX ASSOCIES**

L'IRE salue la disposition prévue par le projet de loi d'interdire les avances faites par une société à ses actionnaires. L'exception prévue, autorisant ces opérations lorsqu'elles rentrent dans l'objet de la société et constituent des opérations courantes conclues à des conditions normales, semble judicieuse afin de ne pas limiter inutilement la marche des affaires.

Le nouvel article 167 se réfère aux actionnaires, faut-il en déduire que les sociétés à responsabilité limitée ne sont pas visées?

Hormis les cas visés dans l'exposé du projet de loi et concernant des fraudes permettant de vider la société de sa substance, il faut remarquer que dans la pratique on constate de telles opérations dans de nombreuses sociétés familiales notamment de type société à responsabilité limitée. Afin de permettre à ces sociétés et à ces actionnaires/associés de régulariser leur situation dans un délai raisonnable et sans se mettre en situation financière périlleuse, il échet d'accorder un délai de régularisation pour cette disposition. Le législateur pourra utilement s'inspirer du délai prévu pour l'augmentation de capital, soit 3 ans.

Afin de ne pas influencer inutilement la situation concurrentielle de la place de Luxembourg et la nécessaire flexibilité pour mettre en place les structures transnationales, le projet de loi devra être adapté de manière à permettre librement les financements intragroupes.

\*

#### 4. APPORT EN NATURE

Les auteurs du projet de loi prévoient de faire soumettre les apports en nature dans une société à responsabilité limitée aux mêmes formalités que dans une société anonyme. L'IRE salue cette disposition qui, dans ce cas précis, met sur un pied d'égalité les deux formes de sociétés, société à responsabilité limitée et société anonyme, alors même que ces sociétés peuvent avoir une envergure identique et le même type d'activités au Luxembourg.

L'IRE note que le projet de loi se limite à rendre applicables aux sociétés à responsabilité limitée les dispositions des articles 26-1 et 27. Pour atteindre les objectifs des auteurs du projet de loi, il semble que les dispositions reprises aux articles 26-2 et 32-1 alinéa 1 devraient également être rendues applicables aux sociétés à responsabilité limitée.

Il pourrait cependant être utile de conserver une certaine souplesse à l'application de cette mesure afin de ne pas pénaliser le petit entrepreneur. Cet objectif pourrait être atteint par l'introduction d'un seuil en deçà duquel cette mesure ne serait pas exigée.

\*

#### 5. PLAN DE FINANCEMENT

Afin d'obtenir une autorisation d'établissement, le demandeur personne morale, doit, selon les vœux du projet de loi, remettre un plan financier sur trois ans, certifié par un réviseur d'entreprises, un expert-comptable ou la chambre professionnelle dont son activité relève et dans lequel il justifie notamment les moyens affectés à son activité, ou, dans le cas d'une société, le capital social de la société.

L'IRE a du mal à comprendre pourquoi cette disposition ne s'applique qu'aux personnes morales. D'ailleurs le commentaire parle de commerçants alors qu'il est précisé par ailleurs que „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“.

Cette remarque ne se limite pas aux personnes physiques, mais elle vaut autant pour les personnes morales ayant pris la forme d'une société ne limitant pas la responsabilité des associés, donc la société en commandite simple et la société en nom collectif. En fonction de l'objectif recherché il semble opportun de l'imposer à tous les commerçants ou au contraire de n'imposer le plan de financement qu'aux seules sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés anonymes.

Quel peut être l'objectif d'un tel plan financier?

Il sera d'abord pédagogique en forçant le futur entrepreneur de réfléchir sur ses activités et d'essayer de les quantifier. Le rôle du professionnel intervenant pour certifier ce plan financier serait alors un gage de l'effort de réflexion fait par l'entrepreneur et la cohérence (externe et/ou interne) du plan de financement. Le texte du commentaire de loi souligne le caractère pédagogique de ce plan. En son article 3,

alinéa 2, le projet de loi indique cependant que „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“.

Dans cette formulation le terme de société paraît également mal choisi et il faudra préciser que les sociétés de capitaux sont visées.

Notons cependant que le plan de financement a non seulement un caractère pédagogique, mais qu'il servira à déterminer les responsabilités éventuelles en cas de faillite ou de liquidation survenant dans les trois ans de son établissement.

Il est intéressant de noter que ce sont les dirigeants de la société qui seront tenus solidairement responsables. Il s'agit donc des dirigeants et non des associés ou des fondateurs alors même que les dirigeants n'ont pas nécessairement été à l'origine de la création de la société.

Le cas visé par les auteurs du projet de loi semble donc être celui-ci: une société est constituée avec le capital minimum par exemple, elle veut entreprendre une activité et fait une demande d'autorisation d'établissement. Pour obtenir cette autorisation, elle établit un plan financier qui détermine les moyens affectés à l'activité respectivement le capital social de la société. Comme l'autorisation d'établissement est donnée sur base de la qualification professionnelle du dirigeant d'entreprise, c'est ce dernier qui est responsable du plan de financement. Par extension, il semble prévu d'établir un plan de financement chaque fois que la société demande une modification d'une autorisation existante. Tel sera par exemple le cas de changement du dirigeant de l'entreprise.

Que se passera-t-il si la société tombe en faillite pendant les trois premières années d'obtention de son autorisation?

Contrairement à ce qui est actuellement prévu à l'article 100, et éventuellement au nouvel article 202-1 de la loi sur les sociétés commerciales, ce n'est pas le tribunal qui pourra prononcer une responsabilité éventuelle des administrateurs ou gérants, mais le dirigeant est d'office tenu solidairement des engagements de la société. La sanction semble automatique, le tribunal sera uniquement appelé à fixer les proportions de la responsabilité après avoir constaté que le capital social de la société était manifestement insuffisant.

Plus fondamentalement, l'IRE a du mal à comprendre la démarche des auteurs du projet de loi. Déjà, au Luxembourg, les démarches administratives pour obtenir une autorisation d'établissement tiennent du calvaire. Actuellement elles semblent plus efficaces pour limiter l'esprit d'entreprise que pour juguler les faillites.

En introduisant les obligations et responsabilités prévues au projet de loi, le Luxembourg disposera d'un frein supplémentaire pour toute personne appelée à diriger une entreprise. Alors que dans une société de capitaux, aucun des acteurs n'est personnellement et solidairement responsable des dettes de la société, le droit d'établissement entend imposer une nouvelle responsabilité aux dirigeants d'entreprises. Qui voudra encore diriger une entreprise dans ces circonstances? A noter que cette disposition ne semble pas se limiter aux sociétés nouvellement créées, mais concernera également les sociétés existantes. Les effets de cette disposition seront encore beaucoup plus néfastes dans le cas d'un dirigeant appelé à redresser une société qui se trouve dans une situation difficile. Pour obtenir une simple autorisation administrative, on lui demandera de savantes prévisions qui risquent d'engager sa responsabilité personnelle.

Examinons la notion même de plan de financement.

Un tel plan ne peut être qu'une mise en forme structurée et quantifiée des idées du chef d'entreprise, respectivement des associés. L'avenir étant par définition incertain et surtout dans le cas d'une activité nouvelle, personne ne pourra prévoir avec certitude les besoins de financement d'une entreprise.

Tout au plus sera-t-il possible de déterminer, sur une base empirique, donc pour des activités connues, des fourchettes de financement sur base d'hypothèses de chiffre d'affaires et de frais qui semblent raisonnables.

Dès lors, l'IRE estime qu'il est judicieux de retenir le plan de financement comme outil pédagogique pour le futur dirigeant, mais en aucun cas un tel plan ne pourra servir de base à une éventuelle sanction. Par ailleurs, on peut cependant douter de sa pertinence pour diminuer de manière significative le

nombre de faillites. Une telle démarche aurait certainement pour conséquence de diminuer le nombre de faillites, mais au prix d'une diminution dramatique des demandes d'autorisation d'établissement.

Les entreprises opèrent dans un environnement économique qui évolue constamment et rapidement. Dans ce contexte, l'IRE s'interroge sur la crédibilité à accorder à un plan de financement sur trois ans alors que les paramètres, sur base desquels le plan de financement a été préparé, seront, pour la plupart, périmés au cours des premiers six mois. Cette procédure ne fait qu'ajouter un frein supplémentaire à l'esprit d'entreprise alors que les objectifs du présent projet de loi ne seront pas rencontrés,

Il est prévu de faire certifier le plan financier par un réviseur d'entreprises, un expert-comptable ou la chambre professionnelle compétente. L'IRE s'étonne que deux professionnels de la comptabilité, l'expert-comptable et le réviseur d'entreprises, soient cités conjointement avec les chambres professionnelles pour certifier les plans financiers. Alors que différentes lois précisent les qualifications professionnelles des experts-comptables, respectivement des réviseurs d'entreprises, l'IRE ne connaît aucune loi précisant et définissant les compétences professionnelles minima des différentes chambres professionnelles. Donner le pouvoir de certification aux chambres professionnelles revient à exiger qu'elles fassent preuve des qualifications professionnelles comparables à celles des réviseurs d'entreprises et des experts-comptables pour leur travail de certification.

Le terme de certificat est en lui-même intéressant. Dans le langage technique utilisé dans le métier du réviseur d'entreprises, la certification est le résultat d'une mission d'assurance qui doit être exécutée en toute indépendance par rapport à l'auteur du plan de financement et la société concernée. Si tel est l'intention des auteurs du projet de loi, les professions d'expert-comptable et de réviseur d'entreprises devront se donner les règles adéquates pour établir de tels certificats. Une chambre professionnelle appelée à établir de tels certificats devra nécessairement se donner des règles identiques afin d'éviter des différences qualitatives du certificat en fonction de la personne qui l'établit.

La question de la responsabilité du professionnel ayant certifié un plan de financement se pose. Le projet de loi ne parle que de responsabilité du dirigeant. En raison des développements récents il faut cependant s'attendre à ce qu'un tiers lésé cherche également à invoquer la responsabilité professionnelle de la personne certifiant ce plan de financement. Si effectivement les chambres professionnelles seront appelées à certifier de tels plans de financement, elles devront faire l'expérience d'actions en responsabilité en tout genre dirigées contre elles, expérience que les experts-comptables et les réviseurs connaissent depuis de longues années alors qu'aucune loi ne leur permet de limiter cette même responsabilité.

A moins qu'il ne faille conclure que la possibilité d'intervention d'une chambre professionnelle que les personnes certifiant le plan de financement ne sont pas responsables de leurs actes. Si tel est la volonté des auteurs du projet de loi, il faudrait le préciser dans le texte ou dans le commentaire afin de permettre à chaque intervenant d'avoir une vision claire des actions et des responsabilités des uns et des autres. Il va de soi que l'IRE ne pourra que saluer une telle démarche.

De plus, pour accorder une crédibilité à la certification du plan de financement, encore faut-il harmoniser le contenu du certificat et les modalités d'exécution. Si les auteurs du présent projet de loi souhaitent maintenir une telle certification, nous recommandons d'inclure un alinéa à cet effet au projet de loi et qui pourrait se lire comme suit:

*„Le contenu du certificat et les modalités d'exécution de la mission de certification du plan de financement seront déterminés par règlement grand-ducal à prendre sur avis du Conseil d'Etat.“*

Compte-tenu de la volonté de l'Union Européenne d'harmoniser les normes de révision, les auteurs du présent projet de loi devraient suggérer l'adoption de la norme de révision internationale portant sur les informations financières prévisionnelles (ISA 810) comme étant la référence pour l'exécution de ce type de mission et l'inclure au règlement grand-ducal suggéré ci-avant. Ce faisant, seuls les réviseurs d'entreprises seraient habilités à effectuer ce type de mission.

Luxembourg, le 12 novembre 2003

*Pour le Conseil de l'IRE*

*Le Président,  
Pierre KRIER*

## AVIS DE L'ORDRE DES EXPERTS-COMPTABLES

(8.12.2003)

Par son courrier du 9 juillet 2003, Monsieur le Ministre de la Justice a invité l'Ordre des Experts-Comptables (en abrégé l'OEC) à donner son avis sur le projet de loi portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées.

Par cet avis, l'OEC exprime sa position sur les mesures pour lesquelles il estime que la profession d'expert-comptable a une compétence ou une expérience particulière.

Cet avis traite des mesures suivantes:

1. **Augmentation du capital minimum des sociétés anonymes (SA) et des sociétés à responsabilité limitée (s. à r. l.) (art. 1er, 1. et 6.)**
2. **Article 100 (art. 1er, 4. et 9.)**
  - 2.1 *Obligation de recapitaliser au niveau du minimum légal en cas de pertes supérieures à 50% du capital social*
  - 2.2 *Obligation de réduire le capital social des pertes supérieures à 50% de celui-ci avant la recapitalisation au niveau du minimum légal*
  - 2.3 *En cas de non-convocation de l'assemblée: possibilité d'extension de la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des tiers*
  - 2.4 *Applicabilité des dispositions de l'actuel article 100 aux SARL*
3. **Applicabilité de l'article 26-1 aux s. à r. l. (art. 1er, 8.)**
4. **Interdiction des avances aux actionnaires et aux associés (art. 1er, 5.)**
5. **Appréciation de l'honorabilité professionnelle (art. 3, 1.)**
6. **Plan de financement (art. 3)**
  - 6.1 *Champ d'application de l'obligation d'établir un plan de financement*
  - 6.2 *Modalité d'établissement d'un plan de financement*
  - 6.3 *Utilisation du plan de financement comme base de l'extension éventuelle de responsabilité des dirigeants*

### 7. **Diffusion des listes de protêts (art. 6 et 7)**

Avant d'aborder le sujet en détail, l'OEC souhaite replacer le projet 5157 dans le contexte luxembourgeois et européen.

En premier lieu, il semble nécessaire de distinguer les faillites frauduleuses des autres faillites notamment en ce qui concerne la prévention de celles-ci. Se prémunir contre les faillites frauduleuses, délicatelles par nature, relève plutôt du domaine de la dissuasion tandis que les autres faillites sont des événements qui pourraient être évités par des mesures préventives.

L'OEC estime également que le renforcement du travail des curateurs sur base de compétences techniques plus étendues, ainsi que la collaboration des curateurs avec les experts-comptables, sont des mesures qui devraient être envisagées par le législateur.

En second lieu, il convient de remarquer que le Luxembourg a su attirer, notamment, bon nombre de structures qui ont pour objet social la détention de participations financières ou d'immeubles. Ces structures ont une importance pour la place financière et de nombreux services leurs sont offerts. Ces sociétés, au regard de la réglementation actuelle sur le droit d'établissement, ne demandent pas d'autorisation d'établissement au Ministère des Classes Moyennes; on constate par ailleurs qu'elles n'apparaissent guère dans les statistiques sur les faillites. Dès lors, il faudrait éviter que la nouvelle loi aboutisse à donner un désavantage concurrentiel à la place de Luxembourg.

Par ailleurs, l’OEC souhaite replacer le projet sous rubrique dans le contexte législatif européen, c’est-à-dire par rapport aux analyses et aux propositions exprimées dans le „Rapport du Groupe de Haut Niveau d’Experts en Droit des Sociétés“ relatif à „Un cadre réglementaire moderne pour le droit européen des sociétés“ du 4 novembre 2002 (ci-après Rapport Winter).<sup>1</sup>

De fait, suite à ce rapport, la Commission européenne a communiqué au Conseil et au Parlement européen, un plan pour avancer dans la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d’entreprises dans l’Union Européenne (COM (2003) 284 final – 21 mai 2003)<sup>2</sup>.

### **1. Augmentation du capital minimum des SA et des SARL (art. 1er, 1. et 6.)**

Il est projeté de multiplier plus ou moins le capital légal minimum des SA et des SARL par deux, et d’exiger la libération de 100% du capital social minimum à la constitution des SA.

Le rapport Winter comporte une analyse sur le rôle du capital et la modification éventuelle du capital minimum obligatoire repris dans la deuxième directive. Il y est notamment écrit: „la plupart des répondants, et le groupe lui-même, ne considèrent cependant pas que le capital légal ait une fonction quelconque d’indicateur de l’adéquation des actifs d’une société eu égard à l’activité qu’elle exerce („adéquation des fonds propres“), si l’on excepte le régime spécial d’adéquation des fonds propres applicable à certaines activités économiques réglementées“ (page 93). „Le Groupe est parvenu à la conclusion que la seule fonction du capital minimum obligatoire est de dissuader des individus de constituer à la légère une société anonyme“ (page 97). „Le capital minimum obligatoire ne doit être ni supprimé, ni augmenté“ (page 97).

Par ailleurs, l’OEC tient à souligner les points suivants:

- Comme tout financement, le capital a un coût qui ne doit pas être négligé que ce soit pour des SA ou pour des SARL.
- L’augmentation du capital minimum obligatoire n’apporte pas de réelle solution au problème de financement et par conséquent de solvabilité des entreprises. En effet, ce problème doit être géré à la fois dans un contexte plus large incluant la possibilité d’autofinancement des entreprises, des moyens de financement comme les emprunts, mais aussi d’une manière plus spécifique puisque les besoins de financement des entreprises sont très différents d’une activité à l’autre, d’une structure à l’autre.
- De nos jours beaucoup d’entreprises ont recours au leasing financier ou opérationnel, le capital social du preneur étant sans aucune relation pour ce genre d’opérations, ce qui n’est, bien sûr, pas nécessairement vrai pour le bailleur.
- La fixation d’un montant trop important de capital minimum obligatoire représenterait un désavantage pour le Luxembourg en terme de concurrence internationale.

L’OEC est défavorable à l’augmentation du capital légal minimum des SA et des SARL. Par contre, l’OEC approuve sans réserve la nécessité de libérer l’intégralité du capital minimum à la constitution des SA (± 31.000 €).

### **2. Article 100 (art. 1er, 4. et 9.)**

#### ***2.1. Obligation de recapitaliser au niveau du minimum légal en cas de pertes supérieures à 50% du capital social***

Il est projeté d’imposer aux sociétés dont les pertes supérieures à 50% de leur capital social (ou 75% a fortiori) ont réduit celui-ci à moins que le minimum légal, de se recapitaliser sans délai au niveau du minimum légal pour éviter leur dissolution.

L’OEC tient à attirer l’attention du législateur sur les points qui suivent:

- La recapitalisation engendrerait un coût non négligeable pour les sociétés concernées et ce du fait des frais d’actes et des droits d’enregistrement.

<sup>1</sup> [[http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/company/company/modern/consult/report\\_fr.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/modern/consult/report_fr.pdf)].

<sup>2</sup> [[http://www.europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2003/com2003\\_0284fr01.pdf](http://www.europa.eu.int/eur-lex/fr/com/cnc/2003/com2003_0284fr01.pdf)]

- La mesure projetée est en fait sans relation directe avec la problématique de solvabilité des sociétés du fait de l'existence de charges comptables non monétaires comme les amortissements, les autres corrections de valeurs, et la constitution de provisions. Ainsi risquerait-on de pénaliser d'une manière générale des entreprises devenues déficitaires mais dont la trésorerie est saine, et en particulier celles dont l'activité spécifique est de nature à générer des pertes comptables au moins sur le moyen terme: holdings 29, soparfis, secteur de l'immobilier, sociétés faisant un investissement initial lourd avec un retour sur investissement lent.
- La mesure envisagée a par ailleurs une portée limitée du fait que l'obligation de recapitalisation est prévue au niveau du minimum légal seulement soit 70.000 € pour une SA et 25.000 € pour une SARL.
- Par ailleurs, le projet ne prévoit aucun délai de recapitalisation. L'OEC estime que la mesure telle qu'elle est projetée, risquerait de provoquer la faillite de sociétés qui ne pourraient pas instantanément trouver de nouveaux capitaux auprès de leurs anciens actionnaires ou associés, et n'auraient pas non plus l'opportunité d'ouvrir leur capital.
- De plus, la rigidité des modalités de l'obligation de recapitalisation représenterait un désavantage certain pour le Luxembourg en terme de concurrence internationale.
- Il semble enfin que la protection des créanciers pourrait être assurée par d'autres moyens comme la subordination des emprunts accordés par les actionnaires ou les associés à la société ou des prêts de type participatifs.

L'OEC est défavorable à l'obligation qui est proposée de recapitaliser au minimum légal en cas de pertes importantes. Dans l'hypothèse où cette mesure serait décidée, l'OEC insiste sur la nécessité absolue d'un délai de recapitalisation qui pourrait être de trois années. Il conviendrait aussi d'exclure de l'obligation de recapitaliser les sociétés qui, du fait de leur activité, n'ont pas à demander une autorisation d'établissement au Ministère des Classes Moyennes (holdings 29, soparfis ...), et celles qui ont généré des pertes comptables dues à des charges non monétaires (corrections de valeurs, dotations aux provisions).

### ***2.2. Obligation de réduire le capital social des pertes supérieures à 50% de celui-ci, avant la recapitalisation au niveau du minimum légal***

Il est projeté d'obliger les sociétés dont les pertes supérieures à 50% de leur capital social (ou 75% a fortiori) ont réduit celui-ci à moins que le minimum légal, de réduire leur capital social du montant des pertes, avant de se recapitaliser au niveau du capital minimum légal.

Cette obligation pose problème dans la mesure où une imputation des pertes sur le capital permet des distributions futures de dividendes, sans que les pertes accumulées aient été compensées par des bénéfices de l'entreprise. Ce point est d'ailleurs mentionné dans le rapport Winter: „Si le capital légal est réduit pour l'ajuster aux pertes, aucun actif n'est transféré aux actionnaires, mais cela autorise des distributions futures au-delà de ce qui était possible avec le capital légal antérieur“ (*page 100*).

Ainsi, cette mesure risque de produire l'inverse du résultat escompté lorsque le capital social de la société avant les pertes était très supérieur au capital minimum légal. Dans ce cas en effet, l'imputation des pertes sur le capital, très partiellement compensée par la recapitalisation au minimum légal, permettrait de distribuer des résultats futurs sans qu'il ait été nécessaire que des bénéfices aient d'abord été imputés à l'absorption des pertes reportées.

L'OEC est défavorable à l'obligation d'imputer les pertes sur le capital social en général et en particulier dans le cadre de la mesure projetée.

### ***2.3. Art. 100, en cas de non-convocation de l'assemblée: possibilité d'extension de la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des tiers***

En cas de non-convocation de l'assemblée, situation plus ciblée qu'auparavant, le projet de loi prévoit que les dirigeants pourraient être déclarés personnellement et solidairement responsables de tout ou partie de l'accroissement de la perte: non seulement envers la société mais aussi envers les tiers.

La possibilité d'extension de la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des tiers suscite des réserves de la part de l'OEC, car les conditions de mise en oeuvre de leur responsabilité éventuelle dans

l'accroissement des pertes ne sont pas définies, tandis que leur responsabilité pourrait couvrir les intérêts des tiers c'est-à-dire probablement des créanciers.

Or, l'OEC a déjà souligné que le besoin de protection des créanciers est lié au risque d'insolvabilité d'une entreprise, qui est à dissocier de son résultat comptable du fait de l'existence de charges non monétaires.

C'est pourquoi l'OEC estime qu'une telle mesure, permettant un recours des créanciers au-delà de la société elle-même contre ses dirigeants, ne devrait être envisagée que dans le cas d'une société insolvable et dans le cadre du droit spécifique de la faillite et non du droit des sociétés.

L'OEC est défavorable à la possibilité d'étendre la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des tiers, dans le cadre de l'application des dispositions de l'article 100. C'est un sujet qui devrait être abordé dans le cadre du droit spécifique de la faillite.

#### **2.4. Applicabilité des dispositions de l'actuel article 100 aux SARL**

Il est projeté d'étendre le champ d'application de l'article 100 aux SARL par la création d'un article 202-1 reprenant des dispositions similaires à celles applicables aux SA.

L'OEC a marqué un avis défavorable aux modifications proposées par le projet pour l'article 100, et ce indépendamment de la structure de la société: SA ou SARL.

Toutefois, l'OEC partage l'opinion selon laquelle la protection des associés en cas de perte de plus de 50% du capital d'une SARL devrait être améliorée. Ce point traite donc de l'extension de l'actuel article 100 aux SARL.

L'OEC verrait un avantage certain à l'application de dispositions similaires à celles de l'article 100 actuellement en vigueur, aux SARL.

- Ceci permettrait l'information des associés en cas de pertes importantes (supérieures à 50% ou 75% du capital) et la protection de ces derniers par l'engagement de la responsabilité des dirigeants en cas de non-respect de leurs obligations.
- D'un autre côté, cette prise de décision quant à la continuation de la société par les associés, impliquerait une prise de conscience de la situation de la société, y compris vis-à-vis de ses créanciers.

L'OEC est favorable à l'application des dispositions de l'actuel article 100 aux SARL.

### **3. Applicabilité de l'article 26-1 aux SARL (art. 1er, 8.)**

Il est projeté d'imposer aux SARL un contrôle systématique de l'évaluation des apports en nature par un réviseur d'entreprises à l'image de ce qui existe déjà pour les SA.

Le rapport Winter traite du contrôle de la valeur des apports en nature dans les sociétés anonymes et propose un allègement des dispositions reprises dans la deuxième directive.

Il y est écrit: „Le Groupe SLIM („Simplifier la Législation relative au Marché Intérieur“) a donc proposé de supprimer l'obligation d'une évaluation d'experts lorsque l'apport est constitué de titres négociés sur un marché réglementé, et nous sommes entièrement d'accord sur ce point. De même, la suggestion d'accepter une évaluation réalisée dans une période précédente mérite d'être examinée, sous réserve que cette évaluation précédente ait été effectuée récemment et qu'aucun nouvel événement susceptible d'avoir un impact sur celle-ci n'ait à être pris en compte. Pour les autres apports en nature, il devrait être possible de s'appuyer sur des valeurs provenant de comptes récemment audités, sous réserve que les principes comptables utilisés soient toujours applicables aux actifs. Dans ce cas, les actionnaires minoritaires devraient disposer du droit de saisir les tribunaux pour exiger une évaluation d'experts.“ (page 99)

L'OEC remarque donc que le projet de loi ne va pas dans le sens du rapport Winter qui suggère de ne pas imposer systématiquement le contrôle préalable de l'évaluation des apports en nature dans les SA.

De plus, il convient de tenir compte des spécificités des SARL, parts non librement cessibles et capital minimum réduit, qui en font à la fois la structure souvent choisie pour des entreprises de dimension familiale, de petite taille et de moyens limités, mais aussi une structure utilisée fréquemment dans le cadre de restructurations de groupe.

A ce propos, l'OEC souligne les points suivants:

- Le coût de la mise en oeuvre des dispositions de l'article 26-1 risque d'être disproportionné par rapport aux moyens des petites SARL.
- En ce qui concerne les apports en nature réalisés dans le cadre de restructurations de groupes, il n'est pas nécessaire de protéger des minoritaires puisque le capital de ces SARL n'est pas ouvert. Par contre l'application de l'article 26-1 représenterait un alourdissement des procédures de restructuration.

C'est pourquoi l'OEC n'est favorable à l'application de l'article 26-1 aux SARL que dans la mesure où les exemptions suivantes seraient prévues:

- exemption lorsque la société est une petite entité au sens de l'article 215 de la loi du 10 août 1915 et que l'apport en nature projeté est inférieur à un seuil à définir,
- exemption lorsque les apports en nature sont effectués dans le cadre de restructurations de groupes.

Dans les cas d'exemption, le législateur pourrait encore prévoir pour un associé minoritaire, la possibilité d'exiger l'intervention d'un réviseur d'entreprises à charge de la société, s'il y a désaccord sur l'évaluation de l'apport.

#### **4. Interdiction des avances aux actionnaires et aux associés (art. 1er, 5.)**

Il est projeté d'interdire de telles avances sauf pour des opérations entrant dans l'objet de la société et constituant des opérations courantes conclues à des conditions normales.

En cas de non-respect, les peines encourues seraient celles de l'art. 166 (c'est-à-dire jusqu'à ± 124.000 € – 5.000.000 LUF – d'amende et/ou 2 ans de prison).

L'OEC comprend l'objectif de cette mesure qui est d'empêcher des abus, c'est-à-dire d'éviter les avances qui procèdent de la confusion des patrimoines des SA et de leurs actionnaires, des SARL et de leurs associés.

Cependant les moyens prévus pour atteindre cet objectif soulèvent certains problèmes.

- L'interdiction des avances est posée comme principe et non l'interdiction des abus. Or toutes les avances ne sont pas abusives, et ce d'autant plus que le terme avance couvre quasiment toute forme de créance d'une entreprise sur ses propriétaires. L'OEC pense notamment aux groupes internationaux qui utilisent couramment des moyens de financement de ce type, dans le cadre de leurs activités.
- De plus, les termes utilisés pour délimiter les conditions permettant que les avances ne soient pas interdites ont, selon le commentaire des articles, „volontairement un certain caractère de généralité, ce qui permet une appréciation flexible au cas par cas“. Compte tenu des peines encourues, l'OEC craint qu'il ne s'agisse d'une insécurité juridique éventuellement très préjudiciable.
- L'OEC remarque enfin l'absence de période transitoire visant à régulariser des situations existantes.

L'OEC est donc défavorable aux termes de la modification projetée pour l'article 167, tout en considérant avec le plus grand intérêt l'objectif poursuivi.

C'est pourquoi l'OEC se permet de suggérer une approche différente consistant non pas à interdire les avances aux actionnaires et associés mais à encadrer la pratique de telles avances.

Cet encadrement pourrait s'établir par une limitation éventuelle des avances dans le temps, en fonction de la trésorerie de la société mais aussi en fonction de son niveau de fonds propres, en convenant pour l'occasion d'assimiler les emprunts subordonnés à des fonds propres.

#### **5. Appréciation de l'honorabilité professionnelle (art. 3, 1.)**

Le projet 5147 modifiant la loi modifiée du 28 décembre 1988 concernant le droit d'établissement traite aussi des articles 2 et 3 de la loi du 28 décembre 1988, exception faite des propositions relatives au plan de financement qui sont présentées par le présent projet.

En ce qui concerne l'appréciation de l'honorabilité professionnelle, l'OEC a noté que la disposition suivante n'est pas identique dans les deux projets:

- D'après le projet 5157 (art. 3, 1.): dans le 2ème alinéa de l'article 2 de la loi de 1988, il est stipulé „les déclarations PEUVENT être soumises par le Ministre à ...“ (*page 4 du document parlementaire No 5157*)

- „ces déclarations SONT soumises par le ministre à ...“ sont les termes repris dans le texte correspondant tel qu’il figure dans le projet 5147: texte coordonné de la loi de 1988 (*page 24 du document parlementaire No 5147*).

## **6. Plan de financement (art. 3)**

### **6.1. Champ d’application de l’obligation d’établir un plan de financement**

Il est projeté d’imposer aux personnes morales de soumettre un plan de financement dans le cadre de leurs demandes d’autorisation d’établissement.

L’OEC approuve le caractère analytique et éducatif de l’élaboration du plan de financement d’un projet notamment par des petites structures à vocation commerciale pour lesquelles un tel plan n’est probablement pas établi actuellement. L’OEC pense surtout à des petites sociétés n’appartenant pas à un groupe et principalement autofinancées, par opposition aux structures plus importantes qui font d’ores et déjà ce type d’analyses, que ce soit prévu par leurs procédures internes, celles du groupe ou pour obtenir des crédits bancaires ou les trois.

Toutefois le champ d’application de cette obligation, tel qu’il figure dans le projet, suscite plusieurs remarques.

- Ce champ d’application n’est pas clairement défini dans le temps: s’agit-il seulement d’imposer un plan à la constitution d’une société c’est-à-dire lors d’une première demande d’établissement ou faudrait-il soumettre un tel plan à chaque demande de modification postérieure?
- D’un autre côté, le critère de personne morale regroupe une population hétérogène en terme de besoin de financement, de taille et de structure, d’activité. Or les statistiques montrent que le risque de faillite n’est pas homogène sur cette population.

L’OEC estime que l’obligation de présenter un plan de financement devrait être limitée à la première demande d’établissement auprès du Ministère des Classes Moyennes (c’est-à-dire la constitution des sociétés).

### **6.2. Modalité d’établissement d’un plan de financement**

Selon le projet, le plan de financement sur trois ans devrait justifier les moyens affectés ou le capital social affecté à l’activité pour laquelle est faite la demande d’une part, être certifié par un réviseur d’entreprises, un expert-comptable ou la chambre professionnelle relative à cette activité, d’autre part.

L’OEC approuve le principe de cette mesure à savoir que, non seulement l’élaboration d’un plan à moyen terme nécessiterait une analyse approfondie de la faisabilité du projet par le demandeur, et devrait donc mettre à jour un certain nombre d’erreurs majeures susceptibles d’être commises, mais encore la participation de professionnels permettrait au demandeur de bénéficier de leur expertise et de leur expérience.

Toutefois, l’OEC a identifié un certain nombre de problèmes dans la mise en oeuvre de la mesure projetée.

- En ce qui concerne d’abord la définition du plan de financement: celui-ci est demandé sur 3 ans, mais son contenu n’est précisé que par rapport à la justification des moyens ou du capital social affecté à l’activité: est-ce seulement la mise de départ qui est ciblée?  
S’il est certain que l’élaboration de „plans-types“ doit être exclue du fait de la grande diversité des situations, l’OEC préférerait une définition qui se réfère davantage à l’analyse prévisionnelle sur 3 ans des emplois et ressources de trésorerie, ce qui couvrirait le financement des investissements et du fonds de roulement.
- Par ailleurs, un plan de financement détaillé risque de comporter des informations sensibles, notamment en terme de concurrence, nécessitant la confidentialité des données reprises dans le document. Or ce point n’est pas directement traité dans le projet. L’OEC estime pourtant qu’il serait important de prévoir la protection de ces données en limitant l’accès aux plans de financement à des personnes soumises au secret professionnel.
- Enfin, les rôles que peuvent jouer les professionnels agréés dans le domaine comptable, c’est-à-dire les réviseurs d’entreprises et les experts-comptables, d’une part, et les Chambres professionnelles d’autre part, ont été amalgamés malgré des compétences très différentes.

L'OEC fait remarquer que les chambres professionnelles n'ont pas vocation à certifier des documents tels que des plans de financement. De plus, pour de telles missions, il leur faudrait disposer des mêmes qualifications que les réviseurs d'entreprises ou les experts-comptables.

Quant à la certification elle-même, en l'absence de précision dans le texte, l'OEC s'interroge sur la portée de cette mission et sur l'éventuelle responsabilité qui pourrait en résulter pour les réviseurs d'entreprises ou les experts-comptables.

L'OEC est favorable aux principes qui supportent l'obligation de présenter un plan de financement mais estime que les modalités d'établissement, de traitement des informations et de „certification“ devraient être revues.

Outre la définition plus large du plan lui-même, l'OEC suggère la possibilité de n'inclure qu'une attestation relative au plan dans le dossier de premier établissement, le plan lui-même étant conservé par le notaire avec l'acte de constitution. Cette attestation serait émise par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable après avoir revu la cohérence interne du plan et sa concordance avec les informations fournies par le demandeur, l'objectif étant d'identifier des erreurs fondamentales dans l'élaboration du plan et non de certifier son contenu, le bien-fondé des estimations ou du projet. Que ce soit la „certification“ ou l'attestation qui soit retenue, il faut en harmoniser le contenu et les modalités d'exécution.

De même, le législateur devrait prévoir que les représentants des Chambres professionnelles qui signeraient de pareils certificats ou attestations, aient les mêmes qualifications professionnelles que les réviseurs d'entreprises ou les experts-comptables.

### **6.3 Utilisation du plan de financement comme base de l'extension éventuelle de responsabilité des dirigeants**

Il est prévu la possibilité d'engager la responsabilité solidaire des dirigeants de société en cas de faillite ou de liquidation prononcée dans les 3 ans de l'établissement du plan financier, si le capital social de la société était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de 2 ans au moins.

L'OEC s'inquiète du poids de la responsabilité que cette mesure ferait peser sur les dirigeants de sociétés, d'autant plus difficile à accepter que l'engagement de cette responsabilité ne se baserait pas sur leur rôle de gestionnaire lui-même, mais sur l'appréciation a posteriori d'un document prévisionnel.

Dans le rapport Winter, il est envisagé à moyen terme d'étendre la responsabilité des dirigeants en cas de négligence qui peut être sanctionnée („wrongful trading“ *pages 13 et 80*). Toutefois, ce projet s'il aboutit, porterait sur la négligence dans la gestion de la société menacée d'insolvabilité en engageant la responsabilité des dirigeants „s'ils ont laissé celle-ci poursuivre son activité bien que son insolvabilité ait été prévisible“, tandis que le projet 5157 se base sur une appréciation a posteriori d'un plan prévisionnel sur trois ans. Or ce plan a forcément été établi en tenant compte de certains paramètres qui échappent à la maîtrise des dirigeants (évolution des marchés, prix en amont et en aval etc.).

L'OEC souhaite faire plusieurs remarques.

- Le niveau de risque à supporter par les dirigeants lui semble de nature à décourager ces derniers: ce qui aurait un impact négatif sur l'environnement économique, l'initiative commerciale et par extension représenterait un désavantage certain en terme d'environnement international.
- Quant à la base de l'extension de responsabilité elle-même, le projet parle de capital social manifestement insuffisant, alors que le commentaire des articles parle de la faiblesse des moyens financiers mis à disposition et de plan de financement manifestement inexact: ce qui ne signifie pas la même chose.

De fait, le plan de financement budgète des emplois et des ressources de trésorerie, parmi lesquelles figurent non seulement des fonds propres dont le capital, mais aussi notamment des emprunts à termes différents ainsi que la trésorerie générée par l'activité (produits des ventes, des cessions).

Pour ces différentes raisons, l'OEC est totalement défavorable à l'utilisation du plan de financement comme base d'une extension éventuelle de la responsabilité des dirigeants.

## 7. Diffusion des listes de protêts (art. 6 et 7)

Il est projeté de mettre en place, en tenant compte de diverses mesures à respecter, une procédure de diffusion des tableaux des protêts, des jugements de condamnation par défaut et des jugements contradictoires prononcés contre des commerçants qui n'ont pas contesté le principal réclamé.

L'OEC approuve cette mesure qui lui paraît participer utilement à la prévention des faillites mais souhaite que la liste des destinataires soit étendue aux réviseurs d'entreprises et aux experts-comptables.

\*

## SYNTHESE DE LA POSITION DE L'OEC ET CONCLUSION

L'OEC bien que favorable à la prévention des faillites dans son ensemble, a souhaité surtout attirer l'attention du législateur sur les problèmes qu'il a identifiés dans la mise en oeuvre d'un certain nombre de mesures projetées, ou les conséquences éventuelles qui pourraient en résulter. Dans ce contexte, l'OEC s'est aussi attaché à suggérer autant que possible des mesures alternatives ou d'accompagnement, car les objectifs poursuivis par le présent projet de loi ont retenu toute son attention.

Par ailleurs, il convient de rappeler que cet avis ne prétend pas résulter d'une analyse exhaustive de tous les aspects des réformes envisagées.

Toutefois, pour conclure d'une manière plus globale sur la prévention des faillites et la lutte contre les faillites organisées, l'OEC se rallie à l'opinion générale exprimée dans le rapport Winter:

„Le droit des sociétés doit fournir un cadre réglementaire souple aux entreprises compétitives. Recourir au droit des sociétés à d'autres fins réglementaires risquerait de se traduire par un durcissement non souhaitable des règles. Les réponses à la consultation confirment que le développement et l'utilisation de structures efficaces du droit des sociétés ne doivent pas être entravés par des mesures visant à combattre les abus“ (*page 5*).

„Les objectifs de lutte contre la fraude et les abus des sociétés doivent être atteints au moyen d'instruments légaux spécifiques, extérieurs au droit des sociétés, et ne doivent pas entraver le développement et l'utilisation d'instruments efficaces de ce droit“ (*page 6*).

Luxembourg, le 8 décembre 2003

*Pour le Conseil de l'OEC*

*Le Président,*

Carlo DAMGE

