



---

CHAMBRE DES DÉPUTÉS  
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

# Dossier consolidé

Projet de loi 5157

Projet de loi portant des mesures ponctuelles en matières de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées

Date de dépôt : 20-05-2003

Date de l'avis du Conseil d'État : 11-11-2003

Auteur(s) : Monsieur Luc Frieden, Ministre de la Justice

## Liste des documents

<b>Date</b>	<b>Description</b>	<b>Nom du document</b>	<b>Page</b>
20-05-2003	Déposé	5157/00	<u>3</u>
20-10-2003	Avis de la Chambre des Métiers (20.10.2003)	5157/01	<u>16</u>
22-10-2003	Avis de la Chambre des Employés privés (22.10.2003)	5157/02	<u>29</u>
07-11-2003	Avis de la Chambre de Travail (7.11.2003)	5157/04	<u>34</u>
11-11-2003	Avis du Conseil d'Etat (11.11.2003)	5157/03	<u>39</u>
11-11-2003	1) Avis du Conseil d'Etat (11.11.2003) 2) Avis de la Chambre de Commerce (5.11.2003) 3) Avis de la Chambre de Travail (7.11.2003) 4) Avis de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises (12.11.2 [...])	5157/05	<u>50</u>
25-04-2013	Arrêté Grand-Ducal de retrait du rôle des affaires (12.4.2013)	5157/06	<u>82</u>

5157/00

N° 5157

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2002-2003

**PROJET DE LOI**

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

\* \* \*

*(Dépôt: le 20.5.2003)***SOMMAIRE:**

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

\*

**ARRETE GRAND-DUCAL DE DEPOT**

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

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

Arrêtons:

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

Palais de Luxembourg, le 19 mai 2003

*Le Ministre de la Justice,*

Luc FRIEDEN

HENRI

\*

## TEXTE DU PROJET DE LOI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Les fondateurs sont solidairement tenus de ces engagements.“

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

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

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

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

Les actions et parts sont nominatives ou au porteur.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

„Sauf dispositions plus rigoureuses des statuts, en cas de perte de la moitié du capital social, le ou les gérants convoquent, de façon qu'elle soit tenue dans un délai n'excédant pas deux mois à dater du moment où la perte a été constatée par eux ou aurait dû l'être, l'assemblée générale qui délibérera dans les conditions de l'article 199 sur la dissolution éventuelle de la société.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

„Dans les dix premiers jours de chaque mois, les receveurs de l'enregistrement envoient au magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale dans le ressort duquel le protêt a été dressé, ainsi qu'à la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers un tableau des protêts des lettres de change acceptées et des billets à ordre, enregistrés dans le mois précédent. Ce tableau contient:

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

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

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

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

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

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

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

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

\*

## EXPOSE DES MOTIFS

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

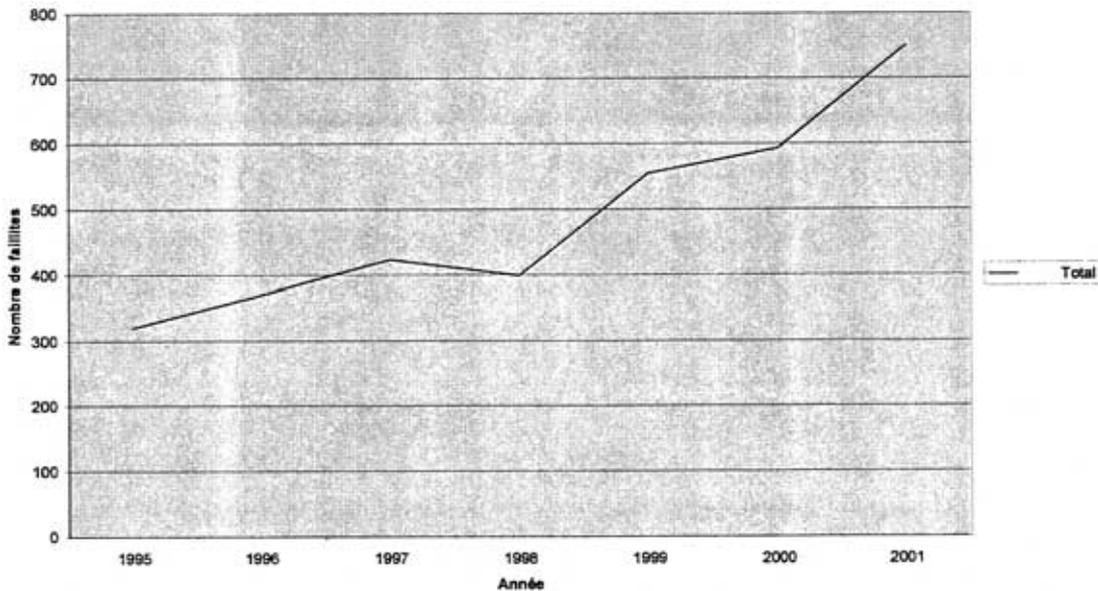
Si en 1995 on ne dénombrait encore que 320 faillites au Grand-Duché, il y a eu depuis une évolution constante du nombre des faillites qui a atteint en 2001 un chiffre record avec 750 faillites recensées. En 2002, le chiffre est quelque peu en retrait avec 682 faillites mais la situation demeure préoccupante.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

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

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

Source: Mémorial, Statec

*Evolution du nombre total des faillites*



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

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

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

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

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

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

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

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

Des mesures supplémentaires résultent d'autres projets de textes:

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

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

\*

## COMMENTAIRE DES ARTICLES

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

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

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

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

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

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

## 2. Article 31

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

## 3. Article 37

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

## 4. Article 100

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

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

## 5. Article 167

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

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

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

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

## 6. Article 182

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

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

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

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

#### *7. Article 183*

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

#### *8. Article 184*

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

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

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

### *Article 2*

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

### *Article 3*

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

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

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

#### Article 4

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

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

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

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

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

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

#### Articles 5, 6 et 7

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

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

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

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

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

*Article 8*

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

5157/01

**N° 5157<sup>1</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**

\* \* \*

**AVIS DE LA CHAMBRE DES METIERS**

(20.10.2003)

Par sa lettre du 9 juillet 2003, Monsieur le Ministre de la Justice a bien voulu demander l'avis de la Chambre des Métiers au sujet du projet de loi repris sous rubrique.

\*

**1. CONSIDERATIONS GENERALES****1.1. Constats**

Au Luxembourg, le nombre de faillites a régulièrement augmenté depuis une dizaine d'années. Si en 1990, seulement une petite centaine d'entreprises ont connu l'échec aboutissant à la faillite, l'année 1999 comptait le chiffre de 555 entreprises et l'année 2001 un chiffre record de 750 entreprises en faillite.

L'évolution du nombre de faillites d'entreprises artisanales n'a pas suivi celle de l'ensemble de l'économie au cours de ces années. Le nombre total de faillites au Luxembourg a montré une tendance à la hausse tandis que la part des entreprises artisanales dans le total des faillites a légèrement régressé.

La situation était quelque peu différente en 2002 où le nombre de faillites d'entreprises artisanales par rapport au nombre total a connu une augmentation (de 6,8% en 2001 à 9,5% en 2002). Le nombre de faillites d'entreprises artisanales est en revanche en régression en 2003 et se situe actuellement à environ 8% du nombre total de faillites.

Le rapport entre le nombre de faillites d'entreprises artisanales et le nombre total des entreprises recensées dans l'artisanat reste avec 1,49% plus ou moins constant.

	<i>Economie totale</i>	<i>Artisanat</i>			
	<i>Faillites</i>	<i>Faillites</i>	<i>Nombre d'entreprises</i>	<i>Faillites dans l'artisanat par rapport au nombre total d'entreprises artisanales (échelle de droite)</i>	<i>Faillites dans l'artisanat par rapport au nombre total de faillites (échelle de gauche)</i>
1995	320	61	4.066	1,50%	19,1%
1996	370	76	4.056	1,87%	20,5%
1997	423	77	4.204	1,83%	18,2%
1998	406	65	4.267	1,52%	16,0%
1999	555	65	4.295	1,51%	11,7%
2000	593	61	4.287	1,42%	10,3%
2001	750	51	4.271	1,19%	6,8%
2002 <sup>1</sup>	681	65	4.355	1,49%	9,5%

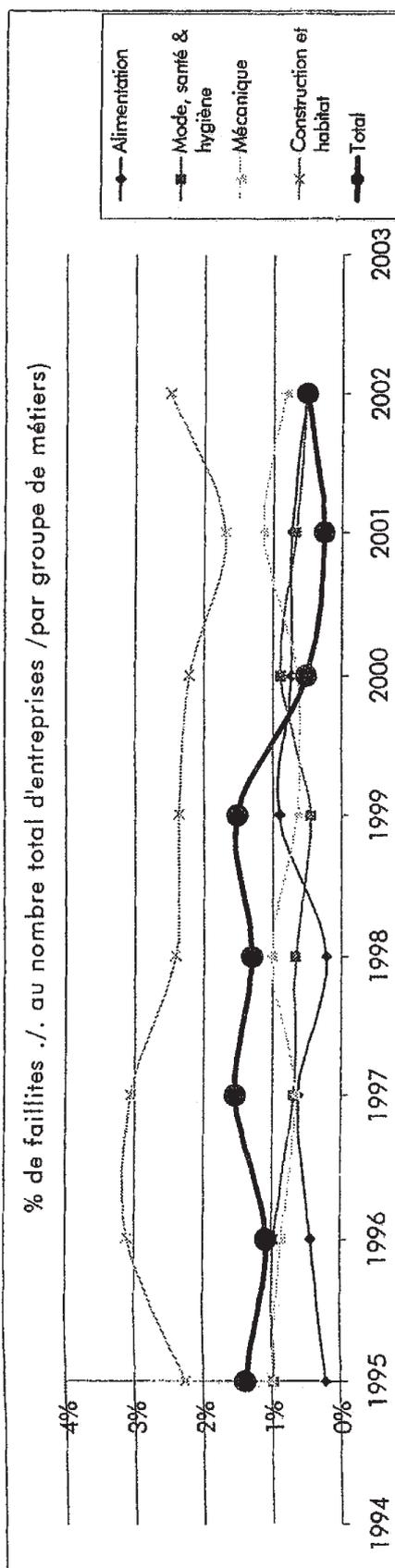
L'analyse de la qualification professionnelle des chefs d'entreprises respectivement des gérants des sociétés commerciales déclarées en faillite montre que le détenteur d'un brevet de maîtrise ou d'un diplôme équivalent a 4 fois plus de chance de réussir son activité professionnelle qu'une personne appuyant son autorisation d'établissement sur une quelconque équivalence. Il s'agit là de la confirmation qu'une bonne formation de base, au niveau technique et de gestion, est le meilleur garant de succès pour une entreprise dans un environnement de plus en plus concurrentiel.

Voilà pourquoi la Chambre des Métiers est d'avis que si la faillite pose, à court terme, d'incontestables problèmes sociaux, dont la solution est ailleurs, elle offre surtout l'occasion, sur le moyen terme, d'assainir le marché par l'élimination naturelle de l'incompétence.

Il est à noter que la situation n'est pas linéaire dans les différentes branches d'activités que recouvre l'artisanat. Le nombre de faillites varie en effet fortement en fonction des groupes de métiers, celui de la construction connaissant le plus grand nombre d'échec d'entreprises, chiffre d'ailleurs en augmentation en 2002. Cela n'est guère surprenant si l'on considère la pression concurrentielle à laquelle sont exposées les entreprises artisanales de construction: sur 100 entreprises indigènes viennent 100 entreprises de droit étranger.

<sup>1</sup> Source: les greffes des tribunaux de commerce de Luxembourg et Diekirch

	Nombre de faillites										Nombre d'entreprises										en %											
	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
	Alimentation	1	2	3	1	4	3	3	2	476	460	475	453	438	409	400	389	0,21%	0,43%	0,63%	0,22%	0,91%	0,73%	0,75%	0,51%	0,21%	0,43%	0,63%	0,22%	0,91%	0,73%	0,75%
Mode, santé & hygiène	8	8	6	6	4	8	6	5	818	815	863	886	876	888	888	939	0,98%	0,98%	0,98%	0,98%	0,98%	0,90%	0,68%	0,53%	0,98%	0,98%	0,98%	0,98%	0,98%	0,90%	0,68%	0,53%
Mécanique	6	5	4	6	4	4	7	5	591	575	587	593	604	611	609	611	1,02%	0,87%	0,68%	1,01%	0,66%	0,65%	1,15%	0,82%	1,02%	0,87%	0,68%	1,01%	0,66%	0,65%	1,15%	0,82%
Construction et habitat	41	57	58	47	47	44	34	51	1.819	1.835	1.892	1.950	1.985	1.994	2.001	2.036	2,25%	3,11%	3,07%	2,41%	2,37%	2,21%	1,70%	2,50%	2,25%	3,11%	3,07%	2,41%	2,37%	2,21%	1,70%	2,50%
Métiers divers	5	4	6	5	6	2	1	2	362	371	387	385	392	385	373	380	1,38%	1,08%	1,55%	1,30%	1,53%	0,52%	0,27%	0,53%	1,38%	1,08%	1,55%	1,30%	1,53%	0,52%	0,27%	0,53%
Total	61	76	77	65	65	61	51	65	4.066	4.056	4.204	4.267	4.295	4.287	4.271	4.355	1,50%	1,87%	1,83%	1,52%	1,51%	1,42%	1,19%	1,49%	1,50%	1,87%	1,83%	1,52%	1,51%	1,42%	1,19%	1,49%



## 1.2. Objet de la réforme

Le projet de loi prévoit un certain nombre de mesures censées être efficaces pour prévenir les faillites et pour lutter contre certains mécanismes de faillites organisées.

Il s'agit des mesures suivantes:

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

\*

## 2. APPRECIATION CRITIQUE

### 2.1. Absence d'un diagnostic sérieux

La Chambre des Métiers, tout en souscrivant au souci du Gouvernement de voir diminuer le nombre de faillites élevé au Luxembourg, désapprouve l'approche adoptée qui consiste à proposer des mesures en l'absence d'un véritable diagnostic sur les causes des faillites prononcées au cours des dernières années au Luxembourg. Une identification des principales causes des faillites devrait pourtant constituer aux yeux de la Chambre des Métiers un préalable indispensable à toute politique sérieuse en la matière<sup>2</sup>.

Au lieu de se donner les moyens pour connaître de façon objective les racines du mal et de pouvoir agir de façon ciblée, le Gouvernement, apparemment poussé par certaines organisations, entend prodiguer des remèdes sous forme de „chimiothérapie“, en instaurant des mesures qui visent indistinctement toutes les entreprises, quelles que soient leurs situations particulières et quels que soient les secteurs. L'application d'une thérapie sans connaître les causes du mal et sans se soucier des effets secondaires importants n'est pas une approche très responsable et n'est en tout cas pas un gage d'efficacité et de succès.

Le cas du Grand-Duché de Luxembourg est aux yeux de la Chambre des Métiers assez particulier dans la mesure où il se caractérise par une évolution défavorable au travers d'une fréquence élevée des faillites alors que globalement ses performances économiques se comparent favorablement avec celles des pays limitrophes pendant la dernière décennie.

On pourrait dès lors considérer que le nombre élevé de faillites s'explique en partie par les faillites organisées et frauduleuses, un véritable fléau contre lequel il faut agir de façon conséquente. La Chambre des Métiers se demande si un suivi plus rapproché et plus rigoureux de la part des administrations fiscales et sociales n'aurait pas permis de limiter les cas de faillites frauduleuses avec toutes les conséquences qu'on connaît.

La Chambre des Métiers entend en tout cas faire remarquer qu'il ne faut pas faire d'amalgame entre ce type de faillites et les autres cas d'échecs d'entreprises qui constituent avant tout un phénomène économique traduisant l'échec des entreprises à rester compétitives sur un marché de plus en plus concurrentiel et dès lors vouées à disparaître.

<sup>2</sup> A titre d'exemple, la Suisse romande, a fait une étude de la situation des faillites 1995-1999.

Si une politique de prévention efficace peut certainement influencer sur le nombre de faillites, il faut en revanche se garder d'en surestimer l'impact.

## **2.2. Mesures de prévention peu efficaces et préjudiciables pour l'esprit d'entreprise**

L'élément clé du projet de loi est le relèvement du capital social minimum pour les sociétés à responsabilité limitée et pour les sociétés anonymes, assorti de l'obligation de reconstituer le capital en cas de pertes d'une certaine ampleur.

La Chambre des Métiers considère que ces mesures, dont l'efficacité en terme de faillite est loin d'être évidente, constituent une atteinte à l'esprit d'entreprise déjà fort peu développé au Luxembourg, et donc à la création d'entreprises. Un nombre non négligeable de projets de créations d'entreprises, surtout de petite et de moyenne taille, qui constituent un pilier important de notre économie, risquent d'être freinés, respectivement de rester mort-nés.

A cela s'ajoute l'impact pour les entreprises existantes, obligées dans une période conjoncturelle difficile de se conformer endéans les trois ans aux nouveaux seuils de capital social minimum et de procéder sans délai à une augmentation de capital en cas de pertes d'une certaine ampleur. Il est probable que beaucoup d'entre elles risquent d'être mises en extrêmes difficultés respectivement de succomber tout simplement à la thérapie de choc que souhaite prescrire le Gouvernement.

Il est à ce titre révélateur que la fiche d'impact, pourtant annoncée dans le plan d'action en faveur des PME et destinée à être jointe aux projets de loi et de règlement grand-ducal dans le cadre de la consultation, fait défaut.

La Chambre des Métiers qui avait, à l'issue des consultations dans le cadre d'un groupe de travail ad hoc, espéré un dosage équilibré de nouvelles mesures susceptibles de parer au problème des faillites sans pour autant freiner l'esprit d'entreprise, ne peut donc pas cacher sa déception face aux principales mesures du projet de loi sous avis auxquelles elle s'oppose pour les raisons plus amplement exposées dans le cadre de son commentaire. Elle entend cependant préciser que certaines mesures telles que l'évaluation des apports en nature pour les sociétés à responsabilité limitée, l'ouverture d'une faillite secondaire, celles visant le curateur, trouvent son approbation.

### **2.2.1. Relèvement du capital social minimum**

La Chambre des Métiers s'oppose catégoriquement au relèvement du capital social minimum pour les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée. Il entraîne sur le plan légal une entrave à la liberté d'établissement et au développement des activités économiques en général.

Sur le plan économique, l'importance du capital social dépend de l'objet social. Il est illusoire de vouloir arriver à une réduction des faillites en décrétant orbi et urbi un relèvement du capital social minimum dans la mesure où elle ne permet pas de tenir compte des besoins financiers différents des entreprises, les besoins en capitaux propres variant fortement d'une activité à l'autre. La discrétion des auteurs du projet de loi sur les résultats du relèvement du capital social minimum sur l'évolution des faillites en Belgique, prise comme modèle de référence, est à ce titre assez révélatrice.

Un relèvement du capital social minimum n'aura également pas d'incidence sur le nombre des faillites organisées et frauduleuses contre lesquelles il faut effectivement agir, mais autrement. La Chambre des Métiers renvoie à ses développements au point 3 de son avis.

Le relèvement du capital social minimum, dont l'efficacité en terme de réduction de faillites est très douteuse, risque en revanche de porter atteinte à l'esprit d'entreprise qui n'est déjà guère peu développé au Luxembourg – nous l'avons déjà relevé – et donc à la création de nouvelles entreprises, générateur de créations d'emplois dont le Luxembourg a en cette période conjoncturelle plus difficile le plus grand besoin. Pour mémoire, un créateur de PME artisanale occupe au moment de la création de son entreprise trois salariés en moyenne; cinq ans après, il occupe en règle générale déjà sept personnes.

Pour favoriser la création d'emplois, la France, confrontée à un nombre élevé de faillites, est même allée en sens inverse en rabaisant le capital social minimum pour les sociétés à responsabilité limitée à 1 euro.

L'augmentation du capital social telle qu'envisagée dans le projet de loi placerait le Luxembourg dans le peloton de tête en Europe en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée. D'après un

rapport de la Commission Européenne<sup>3</sup>, le capital social minimum moyen exigé pour la création d'une SARL s'élève dans les pays de l'Union Européenne à 9.200 euros.

La Chambre des Métiers est d'avis que les seuils actuels constituent un juste équilibre qu'il faut se garder de mettre en cause par des propositions exagérées en terme de niveau de capital minimum allant dans un sens ou dans un autre.

Il serait en revanche beaucoup plus efficace de s'attaquer aux retards de paiement des clients publics et privés qui affectent sérieusement les liquidités d'entreprises et qui ont une large part de responsabilité dans le nombre de faillites au Luxembourg. D'après une étude récente de la Commission Européenne, le fléau sans cesse croissant des retards de paiement serait à l'origine d'un échec d'entreprise sur quatre dans l'Union Européenne.

La tendance accrue à l'allongement des délais de paiement constitue un problème considérable pour l'ensemble des entreprises, que ce soit dans le cadre d'échanges nationaux ou transfrontaliers. Il se pose avec une plus grande acuité encore pour les petites et moyennes entreprises.

La rapidité des opérations et de règlement des factures constitue un aspect fondamental de la compétitivité des entreprises conditionnant principalement leur pérennité. En effet, leurs liquidités dépendent des ventes et des prestations qu'elles ont réalisées et des paiements qu'elles ont reçus chaque mois. Tout retard dans l'encaissement de ces montants allonge le délai entre les dépenses et les recettes, aggravant la situation de trésorerie des entreprises et augmentant leurs charges d'intérêt, et partant, fragilisant leur situation financière.

La Chambre des Métiers réclame dès lors avec insistance que la directive 2000/35/CE, qui contient des mesures dissuasives à l'égard des mauvais payeurs, et dont le délai de transposition était fixé au 8 août 2002, soit enfin transposée en droit national dans les plus brefs délais.

Un autre aspect qui mérite une attention particulière est la promotion de la création de fonds propres au sein des entreprises par des mesures fiscales ciblées telle la réserve immunisée d'impôts.

Pour créer un environnement propice au développement des entreprises, stimulant les investissements, la Chambre des Métiers se prononce en faveur de l'introduction d'une réserve immunisée d'impôts, laquelle constituerait un moyen efficace pour éliminer et réduire les obstacles inhérents aux charges financières engendrées par les nouveaux projets d'investissement.

L'atout d'une telle réserve réside dans le fait qu'elle augmente la part des fonds propres de l'entreprise et que, par conséquent, elle permet une amélioration de la liquidité et facilite le recours aux crédits en vue d'investissements futurs (effet de levier).

La constitution d'une réserve immunisée pour investissements devrait être axée sur le secteur des PME. La composante PME serait atteinte par le fait que, d'une part, la réserve ainsi constituée serait limitée à un certain pourcentage du bénéfice commercial (p. ex. 25%) et que, d'autre part, elle serait plafonnée annuellement (p. ex. 25.000.- euros). Cette réserve devrait être utilisée dans un certain délai (p. ex. 5 ans) pour financer les investissements. En cas de non-utilisation, la réserve serait à dissoudre et à imposer dans l'année de sa dissolution.

L'introduction d'un système de réserve immunisée devrait ainsi stimuler l'autofinancement, c'est-à-dire le financement des investissements par les bénéfices mis en réserve.

La Chambre des Métiers note que le projet de loi prévoit au niveau des sociétés anonymes que le capital minimum doit être intégralement libéré alors que jusqu'à présent il suffisait qu'il soit libéré à concurrence du quart. Cette modification, qui permet d'assurer la disponibilité de l'intégralité du capital social minimum dès la constitution de la société, trouve l'approbation de la Chambre des Métiers.

### ***2.2.2. Reconstitution du capital social en cas de pertes***

Le projet de loi prévoit que si, suite à la perte de la moitié du capital social, celui-ci descend en dessous du capital minimum légal, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes qui entendent continuer leurs activités seront obligées de reconstituer ce capital, au moins à concurrence du capital minimum, et ce sous peine d'une responsabilité personnelle et solidaire des gérants envers la société de tout ou partie de l'accroissement de la perte.

<sup>3</sup> Final Report „Benchmarking the administration of business start ups“, janvier 2002

La Chambre des Métiers se doit d'émettre ses plus vives réserves par rapport à cette mesure.

L'obligation de reconstitution du capital social envisagée est critiquable dans la mesure où elle va à l'encontre du principe fondamental posé à l'article 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, à savoir que les associés/actionnaires n'engagent que leurs mises. La Chambre des Métiers est d'avis que l'on ne peut pas introduire de façon détournée l'obligation pour les associés et les actionnaires d'une société anonyme et d'une société à responsabilité limitée d'augmenter leurs engagements.

La mesure prête encore à critique en raison de son application immédiate et sans nuance en cas de perte de la moitié du capital social. La Chambre des Métiers est pour le moins d'avis qu'il faut distinguer entre les pertes pour raisons conjoncturelles, d'une part, et celles pour raisons structurelles, d'autre part, étant entendu que seules ces dernières devraient être susceptibles de tomber sous le coup de cette mesure. Pour faire la part des choses à ce niveau, on pourrait s'imaginer que l'obligation de reconstitution du capital social s'applique à une entreprise en proie à des problèmes structurels au cas où son capital social reste en dessous du minimum légal pendant trois années consécutives.

### ***2.2.3. Obligation du plan de financement lors de la création d'entreprise***

Le projet de loi entend obliger le créateur d'entreprise à remettre au Ministère des Classes Moyennes un plan financier sur trois ans, certifié par un réviseur d'entreprises, un expert-comptable ou une chambre professionnelle patronale dans lequel il justifie notamment le niveau des moyens affectés à son activité ou, dans le cas d'une société, du capital social de la société.

Cette obligation de remise d'un plan de financement dans le cadre de la procédure d'autorisation d'établissement est assortie d'une responsabilité du ou des dirigeants, en ce sens qu'ils 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, si le capital était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins.

La Chambre des Métiers, tout en souscrivant à la nécessité pour un créateur d'entreprise de disposer d'un plan de financement, estime que l'accès à la profession ne saurait dépendre d'un tel plan, de par nature étranger à la procédure d'autorisation d'établissement, laquelle a pour seule finalité le contrôle des conditions de qualification et d'honorabilité professionnelle.

Ces questions d'ordre financier sont traitées à un autre niveau. Un contrôle effectif de la viabilité des projets est exercé par le monde économique, par l'intermédiaire des différents établissements bancaires ou des mutualités d'aide et d'assistance aux entreprises, et même par le Ministère des Classes Moyennes, le Ministère des Finances ou le Ministère de l'Economie dans le cas de l'accompagnement financier de projets d'entreprise à travers les mécanismes des lois-cadres industrielles ou des classes moyennes, respectivement à travers les instruments de la SNCI. Avant d'accorder un crédit ou de fournir une garantie au créateur d'entreprise, ces intervenants analysent minutieusement les projets présentés et n'acceptent que ceux dont la viabilité leur paraît assurée.

Il est cependant un fait que le meilleur plan, certifié ou non, ne constitue pas un rempart contre toutes les difficultés susceptibles d'être rencontrées par une entreprise sur le terrain, surtout pendant ses premières années d'existence.

Les déficiences de connaissances et de réflexions dans le chef de certains chefs d'entreprise, évoquées par les auteurs du projet de loi pour justifier l'obligation d'un plan de financement, ne seront ainsi ni corrigées ni éliminées. Le seul moyen vraiment efficace pour éviter que des personnes lancent leurs activités sans apprécier correctement les conditions financières ne réside pas dans l'introduction de contraintes juridiques ou financières, mais dans une formation solide.

La Chambre des Métiers s'oppose par ailleurs à la certification formelle du plan par un réviseur d'entreprise ou un expert-comptable. Elle alourdit inutilement le coût de la création d'entreprise, sans pour autant apporter un avantage réel au niveau de la lutte contre le nombre croissant de faillites, tout en dévorant les ressources financières nécessairement limitées qui pourraient être utilisées à des fins autrement plus utiles, tels le financement d'investissement et la création d'un fond de roulement.

La Chambre des Métiers ne voit par ailleurs pas l'opportunité d'introduire un régime de responsabilité supplémentaire qui se superpose à des textes déjà existants, mais qui ne trouvent pour ainsi dire pas, voire très peu d'application.

Elle considère en effet que la responsabilité d'un dirigeant d'une société en faillite pourrait dans un certain nombre de cas être engagée sur base de l'article 495-1 du Code de Commerce. Les jurisprudences françaises et belges, sur base de textes légaux analogues, ont ainsi par exemple condamné des dirigeants de sociétés tombées en faillite à combler le passif, soit que les conditions de financement n'avaient pas été suffisamment étudiées<sup>4</sup>, soit qu'ils avaient mené une politique industrielle aventureuse, sans assise économique et juridique, qui devait nécessairement conduire à la faillite, le capital social étant disparu dès les premiers jours<sup>5</sup>.

Il serait par conséquent plus indiqué de commencer par appliquer les textes actuels et en évaluer l'impact, considération qui fait totalement défaut dans l'approche du Gouvernement.

#### ***2.2.4. Obligation de la déclaration sur l'honneur dans le cadre de la demande d'autorisation d'établissement***

L'article 2 de la loi du 28 décembre 1988 sur le droit d'établissement tel que modifié par la loi du 19 décembre 2002 sur le Registre de Commerce et des Sociétés prévoit qu'une déclaration sur l'honneur doit être remplie par le demandeur d'une autorisation d'établissement relativement à ses occupations antérieures (dirigeant, détenteur de la majorité de parts sociales, personne ayant pu exercer une influence significative sur le fonctionnement de la société) pendant les trois dernières années afin de faciliter la recherche d'éléments permettant une appréciation complète de l'honorabilité professionnelle. Elle est ensuite transmise aux administrations fiscales et sociales qui peuvent endéans les trois semaines donner leurs avis au Ministre des Classes Moyennes.

Le projet de loi sous avis se propose de modifier à nouveau l'article 2 en donnant le choix au Ministre de solliciter ou non l'avis des administrations précitées.

Même si l'objectif de donner à l'autorité chargée de l'instruction des demandes d'autorisation d'établissement davantage d'informations pour vérifier si les entreprises respectent l'ensemble de leurs obligations fiscales et sociales est positif dans le contexte de la problématique des faillites organisées, la Chambre des Métiers ne peut que constater que depuis son entrée en vigueur le 1er février dernier, cette mesure n'est guère efficace dans la pratique, car les administrations ne donnent pas respectivement très peu d'avis.

Le résultat de cette inaction relative entraîne un allongement des délais de la procédure d'autorisation de trois semaines sans donner de réels résultats en termes d'informations et donc de prise de décision du Ministère des Classes Moyennes saisi d'une nouvelle demande d'autorisation. Il s'agit d'une belle illustration d'un manque de coopération, voire d'interactions entre administrations, qui, si elle fonctionnait convenablement, permettrait aux yeux de la Chambre des Métiers d'agir à l'encontre de dirigeants d'entreprise indéclicats.

Elle propose dès lors soit d'organiser un échange d'informations entre les administrations fiscales et sociales en arrière-plan avec le Ministère des Classes Moyennes, ou alors de rendre l'avis de ces administrations obligatoire.

#### ***2.2.5. Evaluation des apports en nature***

Le projet de loi entend imposer un contrôle de l'évaluation des apports en nature par un réviseur d'entreprises à l'image de ce qui existe déjà pour les sociétés anonymes. La Chambre des Métiers est d'accord pour envisager l'institution d'un contrôle d'évaluation des apports en nature pour les sociétés à responsabilité limitée, et ce afin d'éviter tout risque de surévaluation de ces apports, et donc du capital social, gage des créanciers de la société.

#### ***2.2.6. Interdiction des avances aux actionnaires***

Le projet de loi, par une modification de l'article 167 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, pose le principe de l'interdiction des avances aux actionnaires. L'interdiction n'est cependant pas absolue et peut être levée si certaines conditions sont remplies, à savoir: l'opération

4 C.A. Aix, 8° ch. 25.1.1990

5 C.A. de Mons 22 mars 1993, Revue Pratique des Sociétés 4/1993, page 323

rentre dans l'objet de la société, ou il s'agit d'une opération courante, ou les conditions de l'opération sont des conditions normales.

Le but poursuivi par cette disposition est d'éviter que le capital de la société soit en quelque sorte extourné aux fondateurs dès après la constitution de la société sous forme d'avances aux actionnaires, sorte de prêts sans intérêts octroyés aux actionnaires, de sorte que la société se trouve vidée d'emblée de sa substance en ce qui concerne le capital social.

La Chambre des Métiers, tout en condamnant bien évidemment de telles pratiques, ne voit cependant pas la valeur ajoutée du mécanisme proposé.

Ce qu'il y a lieu d'interdire, respectivement de sanctionner, sont les avances abusives pratiquées par certains dirigeants d'entreprise. Or, la pratique des avances abusives est en principe couverte par l'article 171-1 de la loi du 10 août 1915 relatif à l'abus de biens sociaux qui punit d'une peine d'emprisonnement et d'amende ou d'une de ces peines seulement, les dirigeants qui „de mauvaise foi auront fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement (...)“.

Au lieu d'instituer un mécanisme nouveau, dont l'application en pratique est loin d'être évidente, la Chambre des Métiers estime qu'il est plus opportun de mettre davantage l'accent sur l'application du texte existant de l'article 171-1.

### ***2.2.7. Obligation de réponse au questionnaire du Parquet***

Le projet de loi allonge à 6 semaines le délai dans lequel les curateurs doivent remettre un premier rapport sur les causes de la faillite au tribunal. L'article ancre par ailleurs dans le texte l'obligation de répondre dans un délai de 3 mois à tout questionnaire relatif à la faillite remis par le procureur d'Etat.

Ce questionnaire utilisé depuis quelques années par le parquet doit permettre à celui-ci d'établir les cas évidents de banqueroute frauduleuse (par ex. en cas d'absence de tenue de comptabilité) pour pouvoir enclencher les poursuites pénales sans qu'il soit nécessaire de mener une longue enquête financière.

La Chambre des Métiers accueille favorablement ce nouveau dispositif dans la mesure où il devrait permettre d'agir mieux contre les fraudeurs.

### ***2.2.8. Ouverture d'une faillite secondaire***

Le projet de loi offre la possibilité d'ouvrir au Luxembourg une faillite secondaire touchant l'établissement d'un commerçant dont les intérêts principaux sont situés dans un autre Etat de l'Union européenne en application des dispositions du règlement CE 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. La Chambre des Métiers approuve cette disposition.

### ***2.2.9. Remboursement des frais exposés par le curateur***

Le projet de loi, par un ajout à l'article 536-1 du Code de Commerce, formalise la pratique du remboursement, avant la clôture de la faillite pour insuffisance d'actifs, des frais exposés par le curateur immédiatement après l'ouverture de la faillite, notamment les frais de publication prévus à l'article 471 du Code de commerce, frais qui représentent une charge financière importante pour le curateur, surtout s'il est appelé à gérer plusieurs faillites. La Chambre des Métiers salue l'introduction de cette facilité en faveur du curateur.

### ***2.2.10. Communication de la liste de protêts et de jugements aux entreprises***

La diffusion de la liste des protêts et des jugements de condamnation en matière commerciale est une source d'information précieuse pour les entreprises dans leur appréciation des risques d'entrer en relations d'affaires avec une autre entreprise.

Il est dès lors important, et la Chambre des Métiers s'en félicite, que le projet de loi institue une base légale relative à la communication aux entreprises intéressées de la liste des protêts et des jugements de

condamnation par défaut et des jugements contradictoires prononcés contre des commerçants qui n'ont pas contesté le principal réclamé.

La Chambre des Métiers est d'accord pour s'impliquer dans la diffusion des informations telle que prévue dans le projet de loi.

Elle regrette en revanche que la liste des ordonnances de référé ne soit pas visée. Contrairement aux auteurs du projet de loi, la Chambre des Métiers considère en effet que les ordonnances de référé, même s'il s'agit de jugements au provisoire, peuvent constituer un élément permettant à une entreprise d'apprécier pour ainsi dire en temps réel l'opportunité de s'engager avec telle ou telle personne, et ce notamment dans les cas, assez fréquents, de condamnations en cascade.

\*

### 3. LES PRIORITES D'UNE REELLE POLITIQUE DE PREVENTION

La politique de prévention des faillites engagée par le Gouvernement, dans laquelle s'inscrit le projet de loi sous avis, fait abstraction d'un certain nombre d'éléments qui sont pourtant essentiels.

La Chambre des Métiers regrette ainsi vivement que la modernisation du mécanisme de la gestion contrôlée datant de 1935, dont bénéficient très peu d'entreprises, reste toujours en attente.

Pour favoriser davantage cet instrument important pour le sauvetage d'une entreprise en difficultés financières, la Chambre des Métiers est d'avis qu'il faut définir les critères d'ouverture de la gestion contrôlée de façon plus large, donner un rôle plus actif au tribunal de commerce en lui reconnaissant le pouvoir de prononcer un genre de gestion contrôlée d'office lorsque des signes annonciateurs de la faillite pointent à l'horizon, et d'assurer un rôle plus important aux dirigeants d'entreprise et de revoir les coûts de cette procédure.

Un autre aspect qui devrait faire partie d'une politique de prévention des faillites est l'introduction d'un système de clignotants destinés à rendre plus visible le fait qu'une entreprise se trouve en difficultés, et ce plus précisément par rapport aux administrations fiscales et sociales.

La Chambre des Métiers estime par ailleurs qu'il ne faut pas sous-estimer l'incidence des privilèges occultes en matière de faillites.

Le caractère occulte des privilèges donne aux entreprises surendettées vis-à-vis des différentes administrations une apparence de solvabilité, de sorte que les créanciers chirographaires ne peuvent souvent pas prendre à temps leurs précautions. Les conséquences sont d'autant plus graves pour les entreprises concernées que l'actif de la faillite est généralement absorbé par les privilèges des administrations publiques. Nombreuses sont alors les entreprises qui se retrouvent à leur tour dans une situation précaire. La Chambre des Métiers estime par conséquent qu'il serait nécessaire de réfléchir sur une modification profonde du droit des privilèges au regard du principe de la publicité en général.

La transposition de la directive sur les retards de paiement, phénomène dont l'incidence sur les faillites est réelle, devrait être une priorité absolue du Gouvernement.

La Chambre des Métiers entend enfin faire remarquer qu'il est important à ce que les textes existants de notre droit soient appliqués de façon efficace. Il existe en effet une panoplie de dispositions, qui visent à sanctionner, respectivement à rendre personnellement responsable le dirigeant d'entreprise en cas de la survenance d'une faillite. Il s'agit notamment de la banqueroute simple, de la banqueroute frauduleuse, de l'escroquerie, de l'abus de confiance, de l'interdiction de faire le commerce, de l'extension de la faillite aux dirigeants d'entreprise, de l'action en comblement de passif ... L'application conséquente et dans des délais rapprochés de ces sanctions, ce qui est actuellement loin d'être le cas, influencerait certainement sur le comportement d'un certain nombre de personnes.

La „prévention par la dissuasion“ est une question de moyens qu'il faut avoir la volonté de se donner. Le rôle du curateur est ici primordial puisqu'à défaut de réaction du curateur, les différentes procédures civiles ou pénales ne peuvent pas être mises en route.

Il ne suffit pas d'imposer aux curateurs, d'ailleurs à juste titre, l'obligation de répondre à un questionnaire à destination du juge-commissaire et du Parquet, mais il faut également s'assurer qu'ils disposent des connaissances pour le faire. La complexité des faillites requiert aux yeux de la Chambre des Métiers une formation spécifique, qui fait souvent défaut chez les jeunes avocats, pourtant les curateurs les plus nombreux. A l'instar d'autres pays, il serait également intéressant d'analyser l'opportunité de créer une structure de curateurs professionnels.

Dans ce même ordre d'idées, la Chambre des Métiers se demande si les effectifs au niveau des Parquets économiques de Luxembourg et de Diekirch sont suffisants pour évacuer dans les meilleurs délais les plaintes déposées dans le cadre de faillites.

La Chambre des Métiers accueille favorablement l'annonce faite par le Ministre de la Justice en début d'année de créer une cellule spécialisée de la police judiciaire en matière de faillites frauduleuses et espère que de ce fait les enquêtes pourront être menées de façon beaucoup plus rapide. Elle salue également l'amélioration au niveau de la rémunération des curateurs, acteurs clés dans la gestion des faillites, introduite par le tout nouveau règlement grand-ducal du 18 juillet 2003 portant révision du tarif des honoraires des curateurs.

Il en va de même des mesures visant les récidivistes de la faillite qui se font une spécialité de laisser en plan une société avec toutes ses dettes puis de recommencer avec une nouvelle, à savoir l'obligation à charge du demandeur d'une autorisation d'établissement de produire une déclaration sur l'honneur, évoquée ci-dessus, et la possibilité de révocation d'autorisations par le Ministre compétent sur demande de l'Administration des Contributions Directes, de l'Enregistrement et du Centre Commun de la Sécurité Sociale en cas de non-respect par une entreprise de ses engagements fiscaux ou sociaux.

Un autre aspect important initié à juste titre par le Gouvernement est l'informatisation du Registre de Commerce et des Sociétés, tout comme l'institution de la Centrale des Bilans en 2005.

Les méthodes et les outils du Registre de Commerce et des Sociétés n'étaient plus adaptés aux exigences d'une économie moderne où il est important pour les acteurs économiques de connaître de manière fiable la situation juridique et financière de leurs cocontractants de façon à pouvoir apprécier leur solvabilité et d'éventuels risques de faillite avant de conclure un marché. Il n'était d'ailleurs guère aisé de détecter les entreprises qui en violation de l'article 203 de la loi de 1915 n'ont pas respecté la formalité de dépôt de leurs comptes annuels.

L'informatisation du Registre de Commerce et des Sociétés et l'institution de la Centrale des Bilans vont sans doute aboutir à une normalisation et permettre un meilleur suivi des dépôts effectués par les entreprises, un meilleur contrôle par le Parquet économique et un meilleur accès aux informations. La Chambre des Métiers ne considère cependant pas, contrairement aux développements de l'exposé des motifs du projet de loi sous avis, que la Centrale des Bilans permettra de déclencher un préalarme en cas de difficultés financières. Etant donné que les comptes annuels sont déposés dans le courant de l'année qui suit la clôture d'un exercice financier, elle est plus une sonnerie aux morts qu'une sonnette d'alarme.

La Chambre des Métiers entend encore souligner qu'il est important de mettre l'accent, dans les secteurs où ce n'est actuellement pas le cas, sur une bonne formation des dirigeants, permettant aux chefs d'entreprise d'assurer une bonne gestion, y compris financière de leur entreprise. Les chiffres sur les faillites au niveau de l'artisanat, où l'accès à la profession est subordonné à la possession d'un brevet de maîtrise ou d'un diplôme équivalent, montrent que de solides bases de connaissances des mécanismes économiques, de gestion et les compétences professionnelles contribuent positivement aux perspectives de survie d'une entreprise.

La Chambre des Métiers, après consultation de ses ressortissants, ne peut approuver le projet de loi sous avis que s'il est fait abstraction du relèvement du capital social, de l'obligation de reconstitution du capital et de l'obligation du plan de financement.

Luxembourg, le 20 octobre 2003

*Pour la Chambre des Métiers,*

*Le Directeur,*  
Paul ENSCH

*Le Président,*  
Paul RECKINGER

Service Central des Imprimés de l'Etat

5157/02

N° 5157<sup>2</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**

\* \* \*

**AVIS DE LA CHAMBRE DES EMPLOYES PRIVES**

(22.10.2003)

Par lettre du 9 juillet 2003, réf. L-17/03, Monsieur Luc Frieden, ministre de la Justice, a soumis le projet de loi sous rubrique à l'avis de la Chambre des Employés Privés.

1. Le présent projet a pour objet d'apporter des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées.

Il s'inscrit dans une série d'autres projets récents qui contiennent également des dispositions visant à limiter le phénomène des faillites qui, au fil des dix dernières années, a pris de plus en plus d'ampleur au Luxembourg.

**Augmentation du capital minimum des sociétés anonymes (SA)**

2. Le projet de loi prévoit un rapprochement avec le droit belge en ce qui concerne le capital minimum nécessaire pour la constitution d'une société anonyme. Ainsi, ce capital minimum passe d'environ 31.000 à 70.000 euros (61.500 euros en Belgique).

Désormais, il faudra également que le capital soit intégralement libéré à concurrence du minimum de 70.000 euros. Les fondateurs sont tenus solidairement de la libération intégrale à concurrence du capital minimum.

Les sociétés anonymes existantes qui n'atteignent pas le nouveau minimum de capital social jouissent d'un délai de trois ans à partir de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions pour se conformer à celles-ci.

3. En cas de perte de la moitié du capital social, les administrateurs doivent, comme actuellement convoquer l'assemblée générale qui délibère sur la dissolution éventuelle de la société.

Le projet prévoit que si suite à la perte de la moitié du capital social, le capital descend en dessous de 70.000 euros, l'assemblée doit, si elle décide la continuation des affaires, décider de réduire le capital à concurrence de la perte constatée et concomitamment décider une augmentation du capital à concurrence du montant nécessaire afin d'atteindre à nouveau le niveau de capital minimum.

La société qui déciderait de ne pas procéder à la réduction du capital et à l'augmentation subséquente pourra être demandée en liquidation judiciaire.

4. La Chambre des Employés Privés se demande si l'augmentation du capital à concurrence du montant nécessaire afin d'atteindre à nouveau le niveau de capital minimum ne pose pas plus de problèmes qu'elle n'en résout.

Cette mesure pourrait s'avérer contre-productive en imposant à l'entreprise en difficultés passagères une condition supplémentaire difficile à réaliser si elle se trouve déjà dans une mauvaise situation financière.

### **Interdiction des avances aux actionnaires**

5. Le projet de loi interdit les opérations d'avances aux actionnaires sauf celles qui entrent dans l'objet de la société et qui constituent des opérations courantes conclues à des conditions normales.

Cette mesure vise à contrecarrer une pratique courante qui consistait à retourner aux fondateurs le capital de la société dès après la constitution de la société sous forme d'avances aux actionnaires.

### **Augmentation du capital minimum des sociétés à responsabilité limitée (SARL)**

6. Le montant du capital minimum passe d'environ 12.400 euros à 25.000 euros qui doivent être libérés intégralement.

Le notaire aura la charge de vérifier les conditions requises pour la constitution d'une SARL.

Les sociétés à responsabilité limitée existantes qui n'atteignent pas le nouveau minimum de capital social jouissent d'un délai de trois ans à partir de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions pour se conformer à celles-ci.

7. Comme pour les SA, l'évaluation des apports en nature devra désormais être contrôlée par un réviseur d'entreprises pour éviter les surévaluations manifestes. Actuellement, le notaire actant la constitution d'une SARL doit se remettre aux déclarations de l'apporteur.

8. Les SARL seront soumises aux mêmes obligations que les SA en cas de perte de la moitié du capital social.

9. En ce qui concerne l'augmentation du capital social des sociétés à responsabilité limitée en cas de perte de la moitié du capital social, la CEP•L réitère ses remarques exprimées à l'égard des dispositions relatives à l'augmentation du capital social des sociétés anonymes.

### **Modifications au niveau du droit d'établissement**

10. Toute personne morale, demandeur d'une autorisation d'établissement, doit remettre un plan de financement sur trois ans, certifié par un réviseur, un expert-comptable ou la Chambre professionnelle dont son activité relève.

Dans ce plan, le demandeur doit justifier les moyens affectés à son activité, ou dans le cas d'une société, le capital social de la société.

11. La Chambre des Employés Privés accueille favorablement cette mesure destinée à éviter les faillites nombreuses qui sont dues au fait que l'importance des investissements à faire pour démarrer correctement une activité n'a pas été évaluée sérieusement.

12. Le projet responsabilise la société qui a demandé une autorisation d'établissement au cas où le capital était manifestement insuffisant pour assurer l'activité normale dans les deux premières années au moins de la constitution.

Dans ce cas de figure, 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.

### **Modifications au niveau de la réglementation des faillites**

13. Le projet prévoit qu'un commerçant dont les intérêts principaux sont situés dans un Etat membre de l'Union européenne autre que le Luxembourg peut être déclaré en faillite au Luxembourg conformément à un règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité.

14. Le délai dans lequel les curateurs doivent remettre au tribunal un premier rapport sur les causes de la faillite est prolongé à six semaines.

Le projet introduit également l'obligation pour le curateur de répondre dans les trois mois après le début de son mandat à tout questionnaire du procureur relatif à la faillite. Ce questionnaire est destiné à aider le procureur à établir les cas de banqueroute frauduleuse sans devoir mener une enquête financière.

15. Le projet soumis pour avis formalise la pratique de remboursement, avant la clôture de la faillite pour insuffisance d'actifs, des frais exposés par le curateur immédiatement après l'ouverture de la faillite.

### **Création d'une base légale pour la diffusion de la liste des protêts**

16. En l'absence d'une véritable base légale et au vu de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, les greffes des tribunaux ont cessé en 2002 de diffuser la liste des protêts et des jugements de condamnation en matière commerciale.

17. Le présent projet crée la base légale pour la diffusion de ces informations. Cette diffusion sera assurée par la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers vu que les ressortissants de ces deux Chambres sont les plus intéressés.

Sont également transmis aux Chambres professionnelles les jugements de condamnation par défaut et les jugements contradictoires prononcés contre des commerçants qui n'ont pas contesté le principal réclame.

18. Un règlement grand-ducal à prendre sur avis de la Commission nationale pour la protection des données doit fixer les modalités de traitement des données ainsi obtenues et de diffusion auprès de tiers. Ces modalités doivent assurer un juste équilibre entre la nécessité d'information des secteurs économiques et la protection des personnes conformément à la loi du 2 août 2002.

\*

19. Sous réserve des remarques faites plus haut, la Chambre des Employés Privés marque son accord au présent projet de loi.

• L'avis a été élaboré par la Commission économique de la CEP•L qui est composée de: Jos Kratochwil, Président, Sylvain Hoffmann, Rapporteur, les membres: Lex Breisch, Norbert Conter, Marie-Jeanne Demuth, Siggï Farys, Fernand Gales, Marc Glesener, Jean-Paul Laplanche, Gaby Schaul-Fonck, Fernand Schott, Marc Spautz, Robert Weber, Denise Weber-Ludwig et Nico Wennmacher.

La Commission Economique s'est réunie en dates des 12 septembre, 23 septembre, 30 septembre, 7 octobre et 14 octobre 2003.

L'avis a été adopté à l'unanimité des membres présents lors de l'assemblée plénière du 22 octobre 2003.

Luxembourg, le 22 octobre 2003

*Pour la Chambre des Employés Privés,*

*Le Directeur adjoint,*  
Norbert TREMUTH

*Le Président,*  
Jos KRATOCHWIL

Service Central des Imprimés de l'Etat

5157/04

N° 5157<sup>4</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

\* \* \*

**AVIS DE LA CHAMBRE DE TRAVAIL**

(7.11.2003)

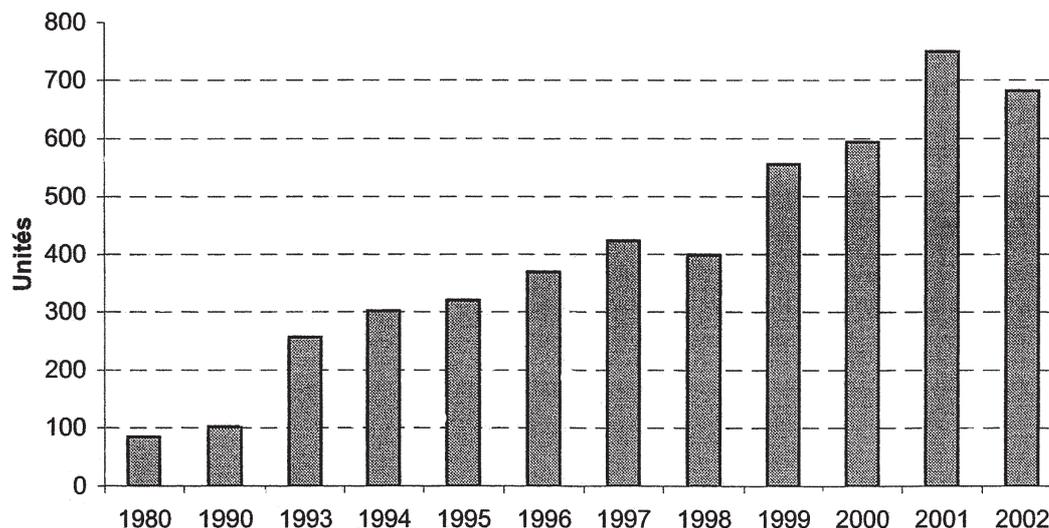
Par lettre en date du 9 juillet 2003, M. le ministre de la Justice a fait parvenir pour avis à notre chambre professionnelle le projet de loi portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées.

\*

**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.

*Evolution du nombre des faillites*

Source: Statec

Si le nombre des 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 de 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 paiement des salaires en cas de difficultés économiques.

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.

Finalement, 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.

<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.

*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

Service Central des Imprimés de l'Etat

5157/03

N° 5157<sup>3</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**

\* \* \*

**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 rechignent 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 microéconomique 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 pardevant le 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 inconvenable, sinon nuisible. D'un côté, il y a les microentreprises 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 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 microentreprises, 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 œuvre 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 subséquent. 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

Service Central des Imprimés de l'Etat

5157/05

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 renoncent 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 présu-mer 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 dérogoires 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)

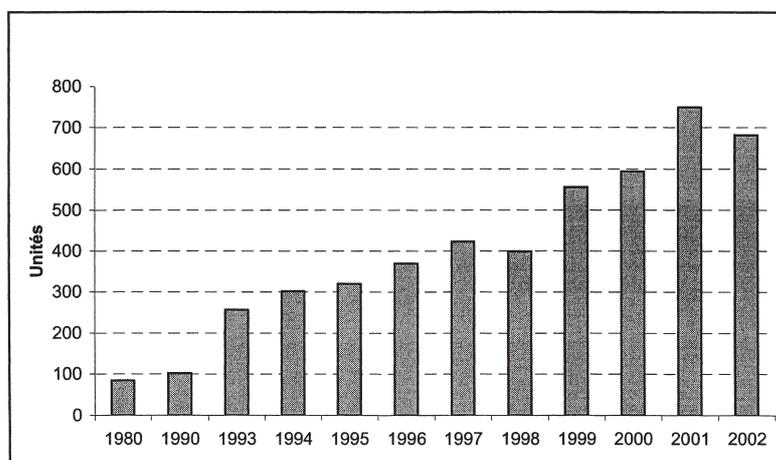
Par lettre en date du 9 juillet 2003, M. le ministre de la Justice a fait parvenir pour avis à notre chambre professionnelle le projet de loi portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées.

\*

### 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 rétroactif 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

Service Central des Imprimés de l'Etat

5157/06

**N° 5157<sup>6</sup>**

**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2012-2013

---

**P R O J E T D E L O I**

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

\* \* \*

**ARRETE GRAND-DUCAL DE RETRAIT DU ROLE DES AFFAIRES**

(12.4.2013)

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

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

Arrêtons:

*Article unique.*– Notre Ministre de la Justice est autorisé à demander en Notre nom le retrait du projet de loi n° 5157 portant des mesures ponctuelles en matières de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées.

Château de Berg, le 12 avril 2013

*Le Ministre de la Justice,*  
François BILTGEN

HENRI

CTIE – Division Imprimés et Fournitures de bureau