

N° 5157³

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

