

N° 5157¹

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 ¹	681	65	4.355	1,49%	9,5%

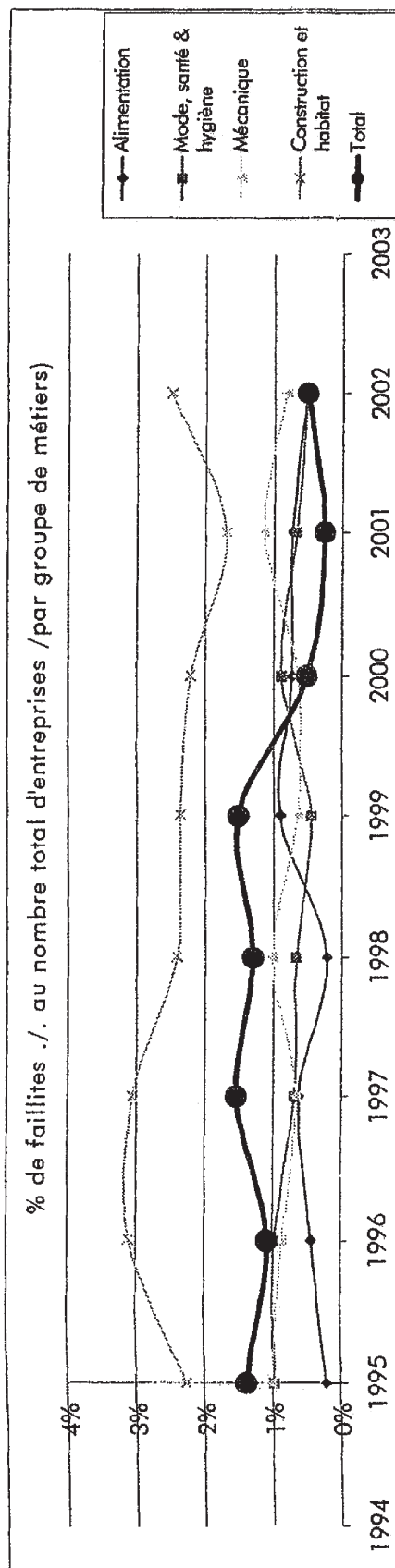
L'analyse de la qualification professionnelle des chefs d'entreprises respectivement des gérants des sociétés commerciales déclarées en faillite montre que le détenteur d'un brevet de maîtrise ou d'un diplôme équivalent a 4 fois plus de chance de réussir son activité professionnelle qu'une personne appuyant 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.

¹ 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
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%
Mode, santé & hygiène	8	8	6	6	4	8	6	5	818	815	863	886	876	888	888	939	0,98%	0,98%	0,70%	0,68%	0,46%	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%
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%
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%
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%



1.2. 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 jusqu'à 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 matière².

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.

² 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 abaissant 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 Européenne³, 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.

³ 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 étudiées⁴, 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 jours⁵.

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 indécis.

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

