

Avis de l'IRE portant sur:

Projet de Loi 5157 portant des mesures ponctuelles en matière de prévention des faillites et de lutte contre les faillites organisées

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. Réflexions préliminaires

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 œuvre 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 applicable 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. À 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 accordées aux actionnaires et aux associés

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 intra-groupes.

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 applicable 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 rendu 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? À 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 en 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 dirigés 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.

À 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

Pierre KRIER
Président