

4.2

LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

RESPONSABILITÉS DES DIRIGEANTS



LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

RESPONSABILITÉS DES DIRIGEANTS

Fiche 1

LE DROIT
D'ÉTABLISSEMENT

Fiche 01 - Le droit d'établissement

Mise à jour : xx.xx.2024

1. L'autorisation d'établissement pour toute activité artisanale exercée de manière non temporaire ou non occasionnelle au Luxembourg

Doit être en possession d'une autorisation d'établissement :

- toute entreprise artisanale qui est domiciliée au Luxembourg ;
- toute entreprise qui y exerce son activité de manière non-temporaire ou non occasionnelle (via une succursale par exemple). [1]

L'autorisation d'établissement est délivrée par le Ministre de l'économie.[2]

Pour bénéficier d'une autorisation d'établissement, l'entreprise doit, d'une part, désigner une personne physique (ci-après « dirigeant ») et, d'autre part, disposer d'un lieu d'exploitation fixe au Luxembourg.

Le dirigeant est tenu suivant l'article 4 de la loi modifiée du 2 septembre 2011[3] (ou « loi sur le droit d'établissement) d'assurer « effectivement et en permanence, par une présence physique dans l'établissement, la gestion journalière de l'entreprise ».

1.1. La personne sur laquelle repose l'autorisation d'établissement (ou « dirigeant »)

1) Les conditions imposées

La dirigeant par l'entreprise doit remplir les conditions suivantes[4] :

| Conditions à remplir |
|---|
| (1) Satisfaire aux exigences de qualification professionnelle qui sont prévues pour l'activité en cause |
| (2) Satisfaire aux exigences d'honorabilité professionnelle |
| (3) Assurer effectivement et en permanence la gestion journalière de l'entreprise |
| (4) Avoir un lien réel avec l'entreprise |
| (5) Etre en règle avec le paiement des charges sociales ou fiscales |

2) Les règles particulières en cas de faillite

Le droit d'établissement précise deux règles particulières si la personne physique désignée a été impliquée dans une faillite

[Fiche 6]

1.2. Un lieu d'exploitation fixe au Luxembourg

Un lieu d'exploitation fixe se traduit pas cinq éléments : [5]

- une installation matérielle appropriée à la nature et à la dimension des activités poursuivies

- ;
- une infrastructure opérationnelle comportant les équipements administratifs et techniques nécessaires à l'exercice des activités ;
- l'exercice effectif et permanent de la direction des activités ;
- la présence régulière du dirigeant;
- la conservation dans ce lieu de tous les documents relatifs aux activités, les documents comptables, et les documents relatifs à la gestion du personnel.

2. Les formalités à accomplir pour le prestataire étranger qui souhaite prêter son activité artisanale au Luxembourg

Le prestataire étranger qui souhaite prêter son activité artisanale sur le Luxembourg doit effectuer les formalités suivantes :

- (1) Le prestataire est tenu de notifier la prestation occasionnelle et temporaire auprès du Ministère de l'Economie.[6]
- (2) Le prestataire doit disposer d'un numéro de TVA Luxembourgeois auprès de l'Administration de l'enregistrement et des domaines, bureau d'imposition LuxembourgX.[7]
- (3) En cas de détachement d'un ou plusieurs salarié(s), le prestataire doit effectuer une communication de détachement auprès de l'Inspection du Travail et des Mines (ITM) et respecter les obligations légales spécifiques qui sont prévues en matière de détachement de salariés.[8]
- (4) Si l'activité de l'entreprise artisanale est considérée comme ayant une implication en matière de santé et de sécurité (activité à risque), le prestataire doit respecter les exigences supplémentaires prévues en matière de reconnaissance des qualifications professionnelles.[9]

[1] Sur la notion de succursale, Cf. Fiche 3

[2] Direction générale PME et entrepreneuriat. Ministère de l'Économie, 19-21, boulevard Royal, L-2914 Luxembourg, Tél.: (+352) 247-74700. info.pme@eco.etat.lu

[3] Il s'agit de la loi réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales.

[4] Les conditions sont reprises de l'article 4, loi réglementant l'accès aux professions.

[5] Article 5, loi réglementant l'accès aux professions.

[6] Direction générale PME et entrepreneuriat. Ministère de l'Économie, 19-21, boulevard Royal,

L-2914 Luxembourg, Tél.: (+352) 247-74-700. E.mail: info.pme@eco.etat.lu

[7] Administration de l'Enregistrement et des Domaines, 1-3, avenue Guillaume, L-1651 Luxembourg, Tél.: (+352) 44-90-51. <http://www.aed.public.lu/index.php>

[8] L'employeur détachant est tenu de faire une communication de détachement par voie électronique auprès de l'ITM et il doit imprimer un badge social pour chacun des salariés détachés (www.itm.lu). La liste des informations et celle des documents à communiquer à l'ITM sont détaillées aux articles L.142-2 et L.142-3 du code du travail.

[9] Les activités artisanales qui ont une implication en matière de santé et de sécurité sont à ce jour les suivantes : Installateur chauffage-sanitaire-frigoriste, Electricien, Installateur d'ascenseur, de monte-charges, d'escaliers mécaniques et de matériel de manutention, Charpentier-couvreur-ferblantier (article 1er(3) du règlement grand-ducal du 1er décembre 2011 modifié par le règlement grand-ducal du 19 mai 2014 ; la reconnaissance des qualifications professionnelles est organisée à ce jour par la loi du 28 octobre 2016).



LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

RESPONSABILITÉS DES DIRIGEANTS

Fiche 2

LES SANCTIONS EN CAS DE
NON-RESPECT DU DROIT
D'ÉTABLISSEMENT

Fiche 02 - Les sanctions en cas de non-respect du droit d'établissement

1.1. Le non-respect du droit d'établissement est un délit pénal

Base légale : articles 39 à 41 de [la loi modifiée du 30/07/2018 réglementant l'accès aux professions](#)

Compétence de la Police Grand-Ducal et le cas échéant de l'Administration des douanes pour rechercher et constater les infractions

« Les officiers de police judiciaire et les agents de la police grand-ducale sont chargés de rechercher et de constater les infractions réprimées par la présente loi et ses règlements d'exécution. Le directeur de l'Administration des douanes et accises pourra en outre charger ses agents à partir du grade de brigadier principal de rechercher et de constater ces infractions. »
(art.39 (1) Loi de 2011)

Peines pénales

Une peine d'emprisonnement et/ou amende

Huit jours à trois ans et/ou amende de 251 à 125.000 euros est applicable à l'encontre des personnes physiques, et une amende de 500 à 250.000 euros pour les personnes morales, qui:

- s'établissent au Luxembourg pour y exercer une activité visée à la présente loi sans avoir obtenu au préalable l'autorisation d'établissement requise;
- ont, dans leur qualité de prestataire de services artisanaux établi dans un autre État membre de l'Union européenne, fourni des prestations de services au Luxembourg sans avoir, au préalable, satisfait aux exigences des articles 22 et 23 de la loi du 28 octobre 2016 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles ;
- ont servi de personne interposée en mettant leur qualification et honorabilité professionnelles à disposition d'un tiers tout en lui abandonnant la gestion réelle de l'entreprise;
- ont eu recours à une personne interposée.

(art.39 (3) Loi de 2011)

La fermeture de l'établissement

En cas d'exploitation non autorisée d'un établissement ou d'un établissement prohibé.

Cette fermeture peut aller jusqu'à une durée de 5 années, même si une autorisation administrative est délivrée.

Interdiction d'exercer

Cette interdiction peut être prononcée jusqu'à une durée de 5 années comme peine accessoire à l'encontre de l'auteur en cas d'infraction ou de tentative d'infraction aux dispositions de l'article 28 (5), c'est-à-dire la non-notification dans le délai d'un mois au ministre via le portail d'échange de l'État :

1° tout nouveau point de vente ;

2° le changement de la résidence habituelle des dirigeants ;

3° s'il y a lieu, les documents exigés en vertu des articles 8bis et 10 ; [1]

4° s'il y a lieu, l'autorisation délivrée par le ministre ayant le Travail dans ses attributions en matière de travail intérimaire et de prêt de main d'œuvre sur la base de l'article L.131-2 du Code du travail ;

5° le changement du lieu d'exploitation fixe de l'entreprise

1.2. La nullité du contrat réalisé sans autorisation d'établissement

La Cour d'appel a, en 2011,^[2] annulé pour cause illicite un contrat de travaux de rénovation réalisé par une personne exerçant clandestinement et sans autorisation d'établissement.

A. L'annulation du contrat pour cause illicite

La cause illicite du contrat est la réalisation d'une activité en violation d'une législation d'ordre public (le droit d'établissement).

La nullité du contrat impose en principe à l'entreprise:

- de restituer les sommes versées, et
- de réparer le préjudice subi puisque le contrat doit être considéré comme n'ayant jamais existé.

B. La sanction du client qui agit en connaissance de cause

Si le client a fait appel en connaissance de cause aux services d'une personne ne disposant d'aucune autorisation d'établissement, il risque aussi d'être sanctionné:

- la répétition des sommes versées est paralysée par l'exception d'indignité;
- le client ne peut pas prétendre à être indemnisé pour le préjudice subi.

1.3. La dissolution et fermeture judiciaire de la société

Cette sanction est visée par l'article 1200-1 de la [Loi sur les sociétés commerciales](#).

Suivant le paragraphe 1^{er} « *Le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut à la requête du procureur d'État, prononcer la dissolution et ordonner la liquidation de toute société soumise à la loi luxembourgeoise qui poursuit des activités contraires à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du Code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris en matière de droit d'établissement.* »

[1] Ceci vise les agences de voyages et les agents immobiliers, apporteurs d'affaires immobiliers, administrateurs de biens, syndics de copropriétés ainsi que des promoteurs immobiliers.

[2] Cour d'appel, 9 novembre 2011, Pas.2012, p.700



LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

RESPONSABILITÉS DES DIRIGEANTS

Fiche 3

LA RESPONSABILITÉ DES
DIRIGEANTS : VUE
D'ENSEMBLE

Fiche 03 - La responsabilité des dirigeants : vue d'ensemble

Mise à jour : octobre 2023

LSC : Loi modifiée du 10 août 1915 concernant les Sociétés Commerciales

1. Notion de dirigeant

Le statut du dirigeant varie en fonction de la forme sociale.

On distingue :

- Les entreprises individuelles, qui n'ont pas une personnalité juridique distincte du dirigeant : la responsabilité personnelle du dirigeant sur son patrimoine privé se confond alors avec son entreprise
- Les sociétés dites personnelles (Sociétés civiles, Société en nom collectif) où les associés sont personnellement responsables : le dirigeant, en tant que tel, n'est donc pas personnellement responsable
- Les sociétés dites de capitaux (SARL ou SA) : les dirigeants ne sont pas en principe responsable du passif de la société, sauf certaines hypothèses particulières

2. Dirigeant de droit ou de fait

2.1. Obligation de publication

La nomination, mais aussi la cessation des fonctions d'un dirigeant doit être déposée au RCS aux fins de publication au Mémorial (art.11 bis LSC).

Il en résulte que tant que la cessation des fonctions d'un dirigeant n'est pas publiée, ce dernier garde la qualité de dirigeant de droit, et reste en conséquence responsable.

2.2. Principe de responsabilité du dirigeant de fait

La responsabilité délictuelle d'un dirigeant de fait pourra être engagée s'il est établi que, par son ingérence ou sa pression, des décisions préjudiciables pour la société ou pour un tiers ont été prises, et en particulier en cas de faillite de la société.

La notion de dirigeant de fait est très large : il peut s'agir de « tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, personne physique ou morale »^[1]

2.3. Responsabilités en cas de recours ou d'intervention comme personne interposée

2.3.1. Manquement à l'honorabilité professionnelle

Le recours à une personne interposée ou l'intervention comme personne interposée dans le cadre de la direction d'une entreprise soumise à la présente loi constitue un manquement qui affecte l'honorabilité professionnelle.

Article 6 paragraphe 4 a) de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions.

2.3.2. Responsabilité pénale

Celui qui a recours à une personne interposée (dirigeant de fait) ou celui qui sert de personne interposée (dirigeant de paille) endossent aussi une responsabilité pénale : une peine d'emprisonnement de huit jours à trois ans et d'une amende de 251 à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement

Article 39 paragraphe 3 de la loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions.

3. Responsabilité du délégué à la gestion journalière

Les statuts, ou une décision des organes compétents, peuvent déléguer la « gestion journalière » à un ou plusieurs administrateurs, directeurs, gérants, ou autres agents, associés ou non, agissant seuls ou conjointement.[2]

La délégation ne doit pas excéder la gestion journalière car l'administration générale de la société est confiée au conseil d'administration (SA) ou aux gérants (SARL) qui ont la confiance des associés.[3]

Si le délégué à la gestion journalière a commis une faute de gestion, la LSC précise qu'il est responsable conformément aux règles du mandat.[4]

Si les administrateurs ne sont pas responsables des fautes commises par le délégué à la gestion journalière, leur responsabilité personnelle pourrait cependant être recherchée pour une faute de gestion.

4. Délégation de pouvoir exonératoire de responsabilité

Pour qu'une délégation de pouvoir à un salarié soit exonératoire de responsabilité pour le dirigeant, la délégation doit remplir les conditions suivantes :

- le salarié doit avoir les compétences requises pour exercer les pouvoirs qui lui sont délégués
- le salarié doit disposer des pouvoirs nécessaires : en plus de la compétence, le salarié doit avoir l'autorité et les moyens nécessaires pour accomplir sa mission (pouvoirs matériel, disciplinaire, financier)
- la délégation de pouvoirs doit être spéciale : elle ne peut pas être générale et porter sur l'ensemble des pouvoirs de direction.

5. Principe de la « société écran »

Le fait est considéré comme personnel à la société s'il est commis par un organe de la société agissant dans le champ de compétence tel que défini par la loi.

Afin de protéger les tiers, la loi précise que les limitations aux pouvoirs de gestion résultant des statuts ou d'une décision des organes compétents ne sont pas opposables aux tiers même si elles sont publiées.

Il faut distinguer les pouvoirs de gestion, et les pouvoirs de représentation (art. 53 & 191 bis LSC).

- Pouvoir de gestion : l'administrateur/gérant qui agit dans le cadre de son pouvoir de gestion engage la société vis-à-vis des tiers même s'il n'était pas habilité vis-à-vis de la société.
- Pouvoir de représentation : les clauses statutaires publiées suivant lesquelles la signature d'un ou plusieurs administrateurs/gérants, seul ou conjointement, puisse valablement représenter la société, sont opposables aux tiers.

6. La prescription

Toutes les actions contre des dirigeants, qu'elles soient de nature contractuelle ou délictuelle, « pour faits de leurs fonctions » se prescrivent par 5 ans à partir de ces faits ou, s'ils ont été réalisés par dol, à partir de leur découverte (art.157, LSC).

7. Responsabilité civile

La responsabilité civile du droit commun impose la réunion de trois critères : l'existence d'un fait dommageable, un préjudice et un lien de causalité direct et certain entre le fait dommageable et le préjudice.

En droit des sociétés, l'existence d'un fait dommageable est définie par rapport à la notion de l'intérêt social, c'est-à-dire le but de lucre de l'ensemble des associés.

La responsabilité des dirigeants est contractuelle vis-à-vis de la société et délictuelle vis-à-vis des tiers.

7.1. Responsabilité contractuelle

La responsabilité du dirigeant vis-à-vis de la société est de nature contractuelle : la société doit prouver une exécution fautive du dirigeant de son contrat de mandat.

La LSC a aménagé pour les dirigeants un régime spécifique de responsabilité qui distingue suivant que la responsabilité est recherchée :

- pour une violation du mandat et/ou une faute de gestion
- pour violation de la loi et des statuts[5]

7.2. Responsabilité délictuelle

La responsabilité du dirigeant vis-à-vis d'un tiers (par exemple un créancier de la société) est de nature délictuelle : le tiers doit prouver l'existence d'une faute, d'un dommage personnel, et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage

La responsabilité sera recherchée sur une des bases légales suivantes du code civil : les articles 1382 et 1383 (responsabilité du fait personnel), ou l'article 1384.al.1er (responsabilité du fait des choses).

Cf. [Fiche 02 - Les sanctions en cas de non-respect du droit d'établissement](#)

8. Responsabilité pénale du dirigeant

La responsabilité pénale peut être une responsabilité du fait personnel, ou une responsabilité du fait d'autrui, comme un salarié de la société.

Cf. [Fiche 05 - La responsabilité pénale des personnes morales et des dirigeants](#)

8.1. Responsabilité du fait personnel

La responsabilité pénale de la société peut être engagée si une infraction a été commise par un organe de la société, ou un dirigeant de fait, au nom de la société et dans son intérêt : l'infraction doit profiter à la société. (Loi du 3 mars 2010).

Même si la responsabilité pénale de la société a été engagée, le dirigeant qui a commis une infraction pénale dans le cadre de sa fonction reste pénalement responsable : il y a alors un cumul de la responsabilité pénale de la société avec celle du dirigeant responsable.

Les cas de responsabilité pénale du fait personnel sont listés aux articles 1500-1 à 14 de la LSC.

Exemples

- **L'escroquerie (art.496 C.Pénal)**

L'escroquerie impose la réunion de 3 conditions :

- Une remise/délivrance de fonds, meubles, obligations, quittances
- Des manœuvres frauduleuses, ou l'emploi de faux noms / fausses qualités
- L'élément intentionnel : l'intention de s'approprier le bien d'autrui (dol spécial)

- **L'abus de biens sociaux (art.171-1 LSC).**

L'abus de bien impose la réunion de 4 conditions :

- La qualité de commerçant

- Un usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt social
- Un intérêt personnel ou de favoriser une autre société dans laquelle le dirigeant est intéressé directement ou indirectement
- Un élément intentionnel caractérisé par la mauvaise foi et la connaissance d'agir contre l'intérêt social

Il s'agit de l'exposition de la société et de son actif, sans nécessité aucune, à des risques anormaux et graves.

Peine : amende de 500 à 25.000 € et/ou 1 à 5 ans d'emprisonnement.

8.2. Responsabilité du fait d'autrui

La responsabilité pénale du fait d'autrui peut être engagée si :

- Une infraction est commise par un préposé en lien direct avec l'entreprise (un salarié)
- Une faute est imputable au dirigeant, c'est-à-dire qu'elle se rattache à ses compétences.

[1] Article 495, code de commerce.

[2] Articles 441-10 et 710-15, LSC.

[3] La loi ne définit pas la gestion journalière. La gestion journalière comprend traditionnellement les actes de gestion qui doivent être accomplis au jour le jour et qui, en raison de leur peu d'importance et de la nécessité d'une prompt solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration.

[4] Articles 441-10 et 710-15, LSC.

[5] Article 441-9.al.1er et 2 (SA) applicable aux gérants de (SARL) en vertu de l'article 710-16, LSC.



LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

RESPONSABILITÉS DES DIRIGEANTS

Fiche 4

RESPONSABILITÉ CIVILE
DES DIRIGEANTS (SA ET
SARL)

Fiche 04 - Responsabilité civile des dirigeants (SA et SARL)

Mise à jour : 15.12.2023

La LSC a aménagé pour les dirigeants un régime spécifique de responsabilité qui distingue suivant que la responsabilité est recherchée pour une faute de gestion, ou pour une faute de régularité (violation de la LSC ou des statuts).[1]

Ce régime spécifique de responsabilité, qui s'applique traditionnellement aux administrateurs et aux membres du comité de direction de SA, et aux gérants de SARL, est cependant étendu à d'autres fonctions.

En plus des administrateurs de SA et des gérants de SARL, ce régime de responsabilité s'applique aux fonctions suivantes : représentants permanents (article 441-3), délégués à la gestion journalière (article 441-10), membres du directoire et du conseil de surveillance (articles 442-10 et 442-16), commissaires (article 443-2), présidents et directeurs de SAS (article 500-6), gérants actionnaires commanditaires de SEC-A (article 600-5).

1. Responsabilité pour faute de gestion

Les administrateurs de SA et les gérants de SARL sont « responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion. » [2]

1.1. Notion de faute de gestion

La faute de gestion est un acte contraire à l'intérêt de la société

- La faute ne doit pas être nécessairement volontaire. Le dirigeant peut être responsable alors même qu'il a agi dans les limites de ses pouvoirs sans commettre aucune infraction, comme par exemple le fait de réaliser des investissements excessifs.
- La faute peut être une faute d'omission. Une attitude passive d'un dirigeant qui se désintéresse des affaires sociales peut être considérée comme une faute de gestion engageant sa responsabilité.
- La faute doit être d'une certaine gravité. La gravité de la faute s'apprécie in abstracto c'est-à-dire par rapport à un commerçant normalement prudent et diligent dans les mêmes circonstances ; une faute de gestion est réalisée lorsqu'on peut estimer qu'un dirigeant normalement prudent et diligent ne l'aurait pas commise.

1.2. Introduction de l'action

La responsabilité pour faute de gestion est de nature contractuelle fondée sur l'exécution d'un contrat de mandat :

- La faute doit avoir causé un dommage à la société, et la responsabilité est limitée au « dommage prévisible. » [3]
- La responsabilité sera moins rigoureuse si le mandat est gratuit.[4]

La responsabilité pour faute de gestion peut-être engagée :

- par une décision de l'assemblée générale des actionnaires (SA) ou des associés (SARL),
- par des actionnaires/associés minoritaires, via une action directe ou une expertise de gestion

La responsabilité des dirigeants pour faute de gestion ne peut pas être directement recherchée par un tiers à la société (p.ex. un créancier de la société, ou un associé seul) car les dirigeants ne sont pas contractuellement liés avec ces personnes.

Cependant un tiers pourrait rechercher la responsabilité d'un dirigeant en cas de faute

détachable des fonctions, c'est-à-dire une faute d'une gravité particulière, incompatible avec l'exercice des fonctions sociales, et intentionnelle.

1.2.1. Action par des actionnaires minoritaires[5]

La responsabilité contractuelle des dirigeants d'une SA en raison des fautes commises dans l'exécution de leur mandat peut être engagée par des actionnaires minoritaires pour le compte de la société.

Les actionnaires minoritaires doivent représenter au moins 10% des voix à l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge.

L'action des minoritaires ne devrait pouvoir être diligentée qu'en cas d'inertie de l'assemblée générale, et en réparation d'un préjudice subi directement par la société.

1.2.2. Expertise de gestion[6]

L'expertise de gestion peut-être un préalable à une mise en cause de la responsabilité contractuelle ou délictuelle des dirigeants.

Les associés minoritaires représentant 10% du capital ou 10% des voix peuvent en effet demander en justice la désignation d'un ou plusieurs experts pour présenter un rapport sur une opération de gestion.

La réforme de 2016 a étendu l'expertise de gestion à toutes les sociétés commerciales alors qu'elle était jusque-là réservée aux seules SA, SEC-A et sociétés coopératives.

Le seuil pour déclencher l'expertise de gestion a été abaissé à 10% du capital social ou des droits de vote.

L'expertise de gestion comprend une phase préalable et une phase contentieuse :

- Les minoritaires doivent poser par écrit une ou plusieurs questions à l'organe de gestion, sur une ou plusieurs opération(s) de gestion déterminée(s).
- À défaut de réponse dans un délai d'un mois, les minoritaires peuvent demander en justice la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur la ou les opérations de gestions visées.

1.3. Responsabilité individuelle

Chaque dirigeant est en principe responsable que de sa propre faute, sans solidarité présumée.[7]

- La responsabilité est normalement individuelle, sauf si la faute est « commune » : dans ce cas la responsabilité des dirigeants est solidaire.
- Un administrateur qui serait en désaccord avec une décision prise par le Conseil d'Administration est tenu de faire consigner son opposition dans le procès-verbal de la réunion.

1.4. Prescription de 5 années

Toutes les actions pour faute de gestion sont prescrites par cinq ans à compter du fait générateur ou de sa découverte en cas de dol.[8]

2. Responsabilité pour faute de régularité

La faute de régularité est définie comme suit par la LSC : « *Les administrateurs (de SA et les gérants de SARL) (...) sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi, ou des statuts.* »[9]

La faute de régularité étant d'une nature plus grave qu'une faute de gestion, c'est tout l'organe

de gestion qui est présumé responsable (le Conseil d'administration pour une SA, ou le collège de gérance pour une SARL).

2.1. Exemples de fautes de régularité

2.1.1. Le non-respect des obligations d'information et d'abstention en cas de conflit d'intérêt.[10]

La réforme de 2016 a étendu les obligations des conflits d'intérêt des administrateurs de SA aux délégués à la gestion journalière, aux membres des comités de direction, aux directeurs généraux de SA, aux gérants d'une SEC-A, au président d'une SAS, et au gérant d'une SARL.[11]

Le conflit d'intérêt existe quand un dirigeant personne physique a un intérêt patrimonial et personnel qui est opposé à l'intérêt de la société.

Le cas classique est lorsqu'une société vend un immeuble à une personne physique qui est aussi l'administrateur de la société.

En cas de conflit d'intérêt, le dirigeant a une double obligation :

- une obligation d'informer l'organe de gestion afin que la décision relative à la décision litigieuse soit reportée à la 1ère assemblée générale suivante ;
- une obligation d'abstention car le dirigeant en situation de conflit d'intérêt ne doit pas prendre part au vote de l'assemblée générale qui délibère sur l'opération litigieuse.

2.1.2. Un abus de pouvoirs ou de droits.[12]

Commets un abus de pouvoirs ou de droit le dirigeant qui fait usage de procurations ou de délégations de pouvoir à des fins personnelles et contraires à l'intérêt social, ou pour favoriser une autre société dans laquelle le dirigeant est intéressé directement ou indirectement.

2.1.3. Le défaut de convocation d'une assemblée générale.[13]

Commets une faute de convocation l'organe de gestion qui ne convoque pas l'assemblée générale dans les 6 mois de la clôture de l'exercice comptable, à la date fixée aux statuts

2.2. Introduction de l'action

L'action est ouverte aussi bien à la société qu'aux tiers lésés.

La responsabilité est de nature contractuelle si elle est engagée par la société, ou de nature délictuelle si elle est engagée par un tiers, comme par exemple un actionnaire minoritaire ou un créancier.

Si l'action est engagée par un tiers, il devra apporter la preuve d'un préjudice qui serait directement et personnellement subi en raison d'une faute d'un dirigeant.

Le préjudice doit donc affecter directement le patrimoine du tiers concerné, et non le patrimoine social qui est commun à tous les associés.

2.3. Responsabilité solidaire

La LSC présume fautifs tous les dirigeants sans qu'il soit besoin d'établir une faute personnelle.

Un dirigeant qui s'estime non-fautif peut s'exonérer de cette responsabilité, mais il doit prouver deux éléments :

- Ne pas avoir participé à l'infraction : le dirigeant ne doit pas avoir participé au conseil d'administration qui a pris une décision en violation de la loi ou des statuts
- Avoir dénoncé la faute : Pour s'exonérer, le dirigeant doit dénoncer la faute de régularité à la première assemblée générale qui suit immédiatement le moment où il a eu connaissance de

cette faute, respectivement de demander la convocation d'une AG pour dénoncer la faute.

2.4. Prescription de 5 années

Toutes les actions pour faute de régularité sont prescrites par cinq ans à compter du fait générateur ou de sa découverte en cas de dol.^[14]

[1] Article 441-9.al.1er (SA) applicable aux gérants de (SARL) en vertu de l'article 710-16, LSC.

[2] Article 441-9.al.1er (SA) applicable aux gérants de (SARL) en vertu de l'article 710-16, LSC.

[3] Article 1150 du code civil : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».

[4] Article 1992, c.civ.

[5] Article 444-2, LSC. L'action minoritaire n'est ouverte que pour les SA et les SEC-A, mais elle n'est pas prévue par les SARL.

[6] Art. 1400-3, LSC.

[7] Art.441-9, al.2 LSC

[8] Article 1400-6, LSC.

[9] Article 441-9.al.2 (SA) applicable aux gérants de (SARL) en vertu de l'article 710-16, LSC.

[10] Article 441-7, LSC.

[11] Article 710-15.(6), LSC.

[12] Article 1500-11, LSC.

[13] Article 1500-2, 3°, LSC.

[14] Article 1400-6, LSC.



LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

RESPONSABILITÉS DES DIRIGEANTS

Fiche 5

LA RESPONSABILITÉ
PÉNALE DES PERSONNES
MORALES ET DES
DIRIGEANTS

Fiche 05 - La responsabilité pénale des personnes morales et des dirigeants

1.1. La responsabilité pénale des personnes morales

La responsabilité pénale des personnes morales a été introduite au Luxembourg par une loi du 3 mars 2010.[1]

A. Conditions pour sanctionner pénalement une société

Trois conditions cumulatives doivent être réalisées pour pouvoir sanctionner pénalement une société[2] :

- (1) l'infraction incriminée a été commise par un dirigeant de droit ou de fait, ou un organe officiel de la société tel que le conseil d'administration, le collège de gérance, le délégué à la gestion journalière, le commissaire au compte, l'assemblée générale, et
- (2) l'infraction incriminée a été commise au nom de la personne morale, et
- (3) l'infraction incriminée a été commise dans l'intérêt de la personne morale.

B. Les sanctions pénales

Les sanctions pénales prévues sont l'amende, la confiscation spéciale, l'exclusion de la participation à des marchés publics.

La dissolution de la société peut être prononcée pour les sociétés qui ont été créées intentionnellement pour commettre les faits qui lui sont incriminés, et pour les sociétés sanctionnées d'infractions graves.[3]

A noter que la dissolution et la liquidation d'une société peut aussi être prononcée par le Tribunal d'arrondissement, à la requête du Procureur d'État, à l'encontre de « toute société soumise à la loi luxembourgeoise qui poursuit des activités contraire à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales, y compris en matière de droit d'établissement. » (article 1200-1, LSC).

1.2. La responsabilité pénale des dirigeants

Même si la responsabilité pénale de la société a été engagée, le dirigeant qui a commis une infraction pénale dans le cadre de sa fonction reste pénalement responsable : il y a alors un cumul de la responsabilité pénale de la société avec celle du dirigeant responsable.

Les infractions pénales susceptibles d'être commises dans le cadre de la gestion d'une société sont définies dans les différentes branches du droit.

A. La responsabilité pénale du dirigeant en droit des sociétés (exemples)

1) La non-publication des comptes annuels dans un but frauduleux (article 1500-5., LSC)

La non-publication des comptes annuels dans les délais impartis est passible d'être pénalement sanctionnée si l'existence d'un but frauduleux est avérée.[4]

Les condamnations sont relativement fréquentes car on considère que l'infraction est purement matérielle.[5]

2) L'abus de bien social (article 1500-11., LSC).

L'utilisation abusive de biens de la société par un dirigeant de droit ou de fait est susceptible

d'entraîner la condamnation au pénal[6] si les quatre éléments suivants sont prouvés :

- Un usage d'un bien ou un usage d'un crédit de la société : l'usage vise l'appropriation, mais aussi la dissipation d'un bien ou son utilisation abusive.
- Un usage contraire à l'intérêt social : l'usage doit avoir créé un préjudice à la société, un risque anormal, ou une atteinte à la réputation.
- Un intérêt personnel, qui peut être direct ou indirect comme de favoriser une autre société dans laquelle le dirigeant est intéressé.
- Un élément intentionnel caractérisé par la mauvaise foi et la connaissance d'agir contre l'intérêt social : une simple négligence n'est pas suffisante.[7]

Exemple relevé d'un abus de bien social : l'usage d'un véhicule d'une société, à des fins strictement personnelles – diminuant ce faisant la valeur du véhicule – est constitutif d'un abus de bien social en ce que l'utilisateur s'enrichit personnellement au détriment de la société et de ses créanciers.[8]

B. La responsabilité pénale du dirigeant en droit de la sécurité sociale (exemples)

Le code de la sécurité sociale prévoit des amendes d'ordre à l'encontre des chefs d'entreprises et des employeurs qui ne respectent pas les obligations imposées ; une amende d'ordre peut ainsi être réclamée en cas de déclaration tardive d'entrée ou de sortie à la sécurité sociale, c'est-à-dire après le délai de 8 jours légalement prévu.[9]

En principe les amendes d'ordre ne peuvent pas dépasser 2.500 euros.[10]

La loi fixe cependant des peines aggravées dans certaines hypothèses, comme par exemple :

- Une amende jusqu'à 6.250 euros, à moins qu'une peine plus forte ne résulte d'une autre disposition légale ou réglementaire, est encourue à l'encontre du « chef d'entreprise (...) qui, sciemment, aura opéré, sur les salaires des assurés, des retenues non autorisées par la loi. »[11]
- Une peine d'emprisonnement d'un mois à cinq ans et une amende de 251 euros à 15.000 euros, à moins qu'une peine plus forte ne résulte d'une autre disposition légale, est encourue à l'encontre de « ceux qui ont frauduleusement amené les institutions de sécurité sociale à fournir des prestations, une pension, des secours ou d'autres avantages qui n'étaient pas dus ou n'étaient dus qu'en partie. »[12]
- Une peine d'emprisonnement de huit jours à six mois et une amende de 251 à 25.000 euros, ou d'une de ces peines seulement, est encourue à l'encontre de tout employeur qui occupe un salarié sans avoir respecté les obligations relatives aux examens médicaux prévus.[13]

C. La responsabilité pénale des dirigeants en matière fiscale (exemple)

Tout dirigeant de droit ou de fait peut-être tenu personnellement et solidairement du paiement :

- des impôts impayés en cas d'inexécution fautive des obligations légales imposées par la loi générale des impôts ;[14]
- de la TVA impayée en cas d'inexécution fautive des obligations légales imposées par la loi TVA.[15]

D. La responsabilité pénale du dirigeant en cas de non-respect des conditions d'exploitation

La responsabilité pénale du dirigeant sera engagée en cas d'infraction aux dispositions de la loi relative aux établissements classés, appelés autrefois établissements dangereux, insalubres ou incommodes.[16]

Les établissements classés sont ceux qui peuvent présenter des inconvénients à l'égard de la protection de la sécurité, de la salubrité ou de la commodité par rapport au public, au voisinage ou au personnel de ces établissements, de la santé et de la sécurité des travailleurs au travail ainsi

qu'à l'égard de l'environnement humain et naturel.

La classification des établissements est déterminée par règlement grand-ducal^[17] et, en fonction de cette classification, les établissements doivent être autorisés par l'administration compétente, soit au niveau national, soit au niveau de la commune d'implantation.

L'exploitation non autorisée d'un établissement ou la modification illégale d'un établissement aura pour conséquence la fermeture de l'établissement ou seulement d'une partie de l'établissement.

[1] Mémorial A-N°36 du 11 mars 2010.

[2] Art.34, Code pénal.

[3] Les infractions visées sont celles punies en ce qui concerne les personnes physiques par une peine privative de liberté supérieure ou égale à 3 ans.

[4] L'infraction de non-publication est punie d'un emprisonnement de 1 mois à deux ans, et d'une amende de 5.000 à 125.000 €, ou de l'une de ces deux peines seulement (article 1500-5, LSC).

[5] La responsabilité pénale du dirigeant est engagée même s'il fait état de la faute d'un tiers, comme par exemple de sa fiduciaire.

[6] L'abus de bien social est puni d'emprisonnement de 1 à 5 ans, et d'une amende de 500 à 25.000 €, ou de l'une de ces deux peines seulement.

[7] La mauvaise foi doit être prouvée par celui qui l'allègue et elle doit exister au jour de l'accomplissement de l'acte délictueux, respectivement au jour où l'acte a cessé s'il s'agit d'une infraction qui se prolonge dans le temps.

[8] Dans le contexte d'une société mise en liquidation. Tribunal d'Arrondissement, Luxembourg, 18 mai 2011, n°1668/2011. Code des sociétés annoté, 1ère Edition, Legitec, p.189.

[9] Article 425, Livre IV, code de la sécurité sociale.

[10] Article 445, Livre IV, code de la sécurité sociale.

[11] Article 449, Livre IV, code de la sécurité sociale.

[12] Article 451, Livre IV, code de la sécurité sociale.

[13] Article L.327-2, code du travail.

[14] Articles 103 à 109 de la loi modifiée du 22 mai 1931 (« Abgabenordnung » ou « AO »).

[15] Articles 67-1 à 67-3 de la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la TVA.

[16] Loi modifiée du 10 juin 1999 relative aux établissements classés (loi commodo).

[17] Règlement grand-ducal modifié du 10 mai 2012 portant nouvelles nomenclature et classification des établissements classés.



LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

RESPONSABILITÉS DES DIRIGEANTS

Fiche 6

LA RESPONSABILITÉ DU DIRIGEANT EN CAS DE FAILLITE

Fiche 06 - La responsabilité du dirigeant en cas de faillite

Mise à jour : 21.05.2024

La responsabilité d'un dirigeant en cas de faillite peut être mise en cause sur base de différentes lois.

La notion de dirigeant est très large : il peut s'agir de « tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, personne physique ou morale » (art.495, code de commerce.).

1. La responsabilité vis-à-vis du droit d'établissement

1.1. La perte de l'honorabilité professionnelle

L'exigence d'honorabilité concerne non seulement le dirigeant sur lequel repose l'autorisation d'établissement, mais aussi le « détenteur de la majorité des parts sociales » et plus largement « les personnes en mesure d'exercer une influence significative sur la gestion ou l'administration de l'entreprise. » (article 6 (2), loi de 2011 réglementant l'accès aux professions).

Vis-à-vis du droit d'établissement, un jugement déclaratif de faillite est susceptible d'entraîner la perte de l'honorabilité professionnelle.

La liste parmi les manquements :

- « l'accumulation de dettes importantes auprès des créanciers publics dans le cadre d'une faillite ou liquidation judiciaire prononcées. L'importance des dettes est appréciée par rapport à l'effectif équivalent temps plein de l'entreprise et par rapport à son chiffre d'affaires des trois années ayant précédé la faillite ou la liquidation judiciaire, ou, si l'entreprise a existé moins de trois ans au moment de la faillite ou de la liquidation judiciaire, au chiffre d'affaires total réalisé »
- « toute condamnation définitive à une peine criminelle ou correctionnelle pour une infraction en relation avec l'activité exercée ou à exercer » (article 6 (4), loi de 2011 réglementant l'accès aux professions).

1.2. Le principe dit de « nouvelle chance »

Deux conditions cumulatives sont imposées pour retrouver une autorisation d'établissement à la suite d'une faillite (articles 7 et 7bis, loi de 2011 réglementant l'accès aux professions).

1) La preuve que la faillite a été directement causée par un des évènements ci-après :

1° une calamité naturelle qui a été reconnue comme telle par le Gouvernement

2° une destruction involontaire du lieu de production ou de l'outil de production

3° la perte d'un client prééminent

4° un chantier de travail public d'envergure

5° l'incapacité partielle ou totale de travail du dirigeant médicalement attestée

6° une pandémie reconnue comme telle par le Gouvernement en conseil

7° une perte de rentabilité à la suite d'une perturbation majeure du marché (applicable que pour autant que la faillite ait été rendue sur aveu)

2) Un seuil de dettes auprès de créanciers publics : si les seuils suivants sont dépassés, un accord de paiement est requis pour bénéficier d'une nouvelle chance :

1° concernant la taxe sur la valeur ajoutée, le seuil est fixé à 1% des montants nets effectivement versés, pendant les 5 derniers exercices, à l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA

2° concernant les impôts directs, le seuil est fixé à 1% des montants effectivement versés, pendant les 5 derniers exercices, à l'Administration des contributions directes. Le seuil ne s'applique pas aux retenues à la source

3° concernant les cotisations sociales, le seuil est fixé à un montant équivalent de 4 mois de cotisations, calculé par le Centre commun de la sécurité sociale sur la base de la moyenne mensuelle des 24 derniers mois

2. L'extension de la faillite

L'article 495 du code de commerce prévoit l'extension de la faillite dans trois cas :

- Le dirigeant a fait des actes de commerce dans un intérêt personnel
- Le dirigeant a disposé des biens sociaux comme des biens propres
- Le dirigeant a poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la société

La jurisprudence impose que ce dirigeant soit lui-même en faillite pour prononcer une faillite personnelle, c'est-à-dire qu'il soit un commerçant en état de cessation des paiements et dont le crédit est ébranlé.

Le passif de la faillite comprend, lorsque la faillite personnelle est prononcée, le passif de la société aggravé du passif personnel du dirigeant.

3. Le comblement du passif et/ou une interdiction d'exercer en cas d'une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite.

3.1. La notion de faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite

Il peut s'agir d'une faute de gestion, d'un délit, d'une faute contractuelle envers la société, ou tout autre manquement ayant contribué à la faillite.

La faute s'apprécie par référence au dirigeant raisonnablement prudent et diligent. Il faut qu'il existe un lien de causalité entre la faute grave et caractérisée et la faillite.

La « faute grave et caractérisée » a été définie par le juge comme étant :

- La faute « *que ne commettrait pas un dirigeant raisonnablement diligent et prudent, compte tenu de la marge d'appréciation et des éléments dont il disposait au moment de l'accomplissement de l'acte* » (Tribunal d'Arrondissement, Luxembourg, 19 décembre 2008, Conférence du jeune barreau, BIJ, 4-2009) ;
- La faute « *qui est voisine du dol sans s'y identifier et qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise alors que la faute est de celles qui heurtent les normes essentielles de la vie en société (...). Elle est la légèreté ou l'insouciance impardonnable, c'est-à-dire l'acte ou l'omission où l'auteur est conscient ou ne pouvait pas l'être de ce que son comportement contribuera à la faillite* » (CA, 29.10.2008, Curateur de la faillite SDL SARL .C/L.-S.).

Exemples :

- L'aveu tardif d'une cessation des paiements ; la décision de continuer l'activité d'une entreprise déficitaire en situation désastreuse pendant un an et demi a été jugée comme constituant une telle faute engageant la responsabilité civile du dirigeant.^[1]
- Le non-paiement de dettes publiques pour maintenir un crédit fictif
- Le non-paiement des charges sociales ou fiscales n'est cependant pas constitutif d'une telle faute lorsqu'il est la conséquence malheureuse et non fautive de l'évolution défavorable des affaires de l'entreprise

3.2. Le comblement de passif

« Lorsque la faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du curateur ou du procureur d'État, que le montant de cette insuffisance d'actif sera supportée, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, qu'ils soient associés ou non, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux, à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables.

L'action se prescrit par trois ans à partir de la vérification définitive des créances. » (article 495-1 du code de commerce).

3.3. L'interdiction d'exercer

« (1) (L. 7 août 2023) S'il est établi que le failli ou les dirigeants de droit ou de fait, qu'ils soient associés ou non, apparents ou occultes, rémunérés ou non, d'une société déclarée en état de faillite, qu'ils soient en fonctions ou retirés de la société au moment de la déclaration en faillite, ont commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale qui a prononcé la faillite ou, en cas de faillite prononcée à l'étranger, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale, peut prononcer à l'encontre de ces personnes l'interdiction d'exercer directement ou par personne interposée une activité commerciale ainsi qu'une fonction d'administrateur, de gérant, de commissaire, de réviseur d'entreprises, de réviseur d'entreprises agréé ou toute fonction conférant le pouvoir d'engager une société. L'interdiction est obligatoirement prononcée contre celui qui est condamné pour banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse.

(2) La demande doit être introduite par le curateur ou par le procureur d'Etat près du tribunal d'arrondissement compétent, dans les trois ans à partir du jugement déclaratif de faillite.

(3) La durée de l'interdiction d'exercice ne peut être inférieure à un an ni supérieure à vingt ans.

(4) L'affaire est introduite et instruite suivant la procédure commerciale.

(5) L'interdiction cesse dans tous les cas si:

- le jugement déclaratif de faillite est rapporté,
- le failli obtient l'homologation du concordat,
- le failli obtient sa réhabilitation.

(6) L'interdiction prononcée par le tribunal est mentionnée au registre de commerce et des sociétés. Cette inscription est radiée lorsque l'interdiction a cessé ses effets. » (article 444-1 du code de commerce)

3.4. Tableau récapitulatif

| | L'action en comblement de passif. (art 495-1, c.com.) | L'interdiction d'exercer (art.444-1, c.com.) |
|---------------------|---|--|
| Conditions | Une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, et une insuffisance d'actif. | Une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite. |
| Procédure | Requête du curateur. Prescription de trois ans à compter de la vérification définitive des créances. | Requête du curateur ou du procureur d'Etat. |
| Conséquences | Les dettes de la société sont supportées, en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par le(s) dirigeant(s) sociaux fautifs. | L'interdiction d'exercer d'une durée d'1 an à 20 ans toute activité commerciale, un mandat d'administrateur ou de gérant, et toute fonction pouvant engager une société. |

4. La banqueroute simple ou frauduleuse

Si le curateur découvre certains agissements il doit déposer, au nom de la masse des créanciers, une plainte auprès du procureur d'État.

4.1. La banqueroute simple

La banqueroute simple est punie d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans, et d'une amende de 251 à 25.000 €.

Depuis la réforme de 2023, la loi ne distingue plus suivant la gravité des agissements (ceux qui entraînaient automatiquement la banqueroute, de ceux laissés à l'appréciation du juge pénal).

Sont désormais constitutif de banqueroute simple :

Le commerçant failli ou dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale en état de faillite qui se trouve dans l'un des cas suivants :

Article 489 du code pénal :

- « 1° si les dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives ;
- 2° si il a consommé de fortes sommes au jeu, à des opérations de pur hasard, ou à des opérations fictives de bourse ou sur marchandises ;
- 3° si, dans l'intention de retarder sa faillite, il a fait des achats pour revendre au-dessous du cours ; si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulation d'effets, et autres moyens ruineux de se procurer des fonds ;
- 4° si il a supposé des dépenses ou des pertes ou si il ne justifie pas de l'existence ou de l'emploi de l'actif de son dernier inventaire ou bilan et des deniers, valeurs, meubles et effets, de quelque nature qu'ils soient, qui lui seraient venus postérieurement ;
- 5° dans l'intention de retarder la déclaration de faillite, il a payé ou favorisé un créancier au préjudice de la masse. »

Article 490 du code pénal :

- « 1° si il a contracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables, eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés ;

2° si, ayant dérogé par contrat aux dispositions du régime matrimonial légal, il ne s'est pas conformé à l'article 69 du Code de commerce ;

3° si, dans l'intention de retarder sa faillite, s'il n'a pas fait l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440 du code de commerce ; si cet aveu ne contient pas les noms de tous les associés solidaires ; si, en le faisant, il n'a pas fourni les renseignements et éclaircissements exigés par l'article 441 du même code, ou si ces renseignements ou éclaircissements sont inexacts ;

4° s'il s'est absenté sans l'autorisation du juge-commissaire ou si, sans empêchement légitime, il ne s'est pas rendu en personne aux convocations qui lui ont été faites par le juge-commissaire ou par les curateurs ;

5° s'il n'a pas tenu les livres prescrits par l'article 9 du Code de commerce ; s'il n'a pas fait l'inventaire exigé par l'article 15 du même code ; si ses livres et inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active et passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude. »

4.2. La banqueroute frauduleuse

Suivant l'article 490-3 du code pénal :

« Est déclaré banqueroutier frauduleux et condamné à un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 500 à 50 000 euros, tout commerçant failli ou dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale en état de faillite qui se trouvera dans l'un des cas suivants :

1° s'il a soustrait en tout ou en partie les livres ou documents comptables visés aux articles 9, 14 et 15 du Code de commerce, ou s'il en a frauduleusement enlevé, effacé ou altéré le contenu ;

2° s'il a détourné ou dissimulé une partie de son actif ;

3° si, dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, il s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas. »

4.3. Tableau récapitulatif

| | Banqueroute simple | Banqueroute frauduleuse |
|-------------------|--|---|
| Peine | <ul style="list-style-type: none"> - Peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans - Amende de 251 à 25.000 € | <ul style="list-style-type: none"> - Peine emprisonnement de six mois à cinq ans - Amende de 500 à 50 000 € |
| Conditions | <p>Faits listés par les articles 489 et 490 du code pénal</p> <p>Exemple : ne pas faire l'aveu de la cessation de ses paiements dans le délai prescrit par l'article 440 du code de commerce ; pas de comptabilité ou comptabilité incomplète ou inexacte.</p> <p>Plus de pouvoir d'appréciation du juge depuis la réforme de 2023 !</p> | <p>Faits listés par l'article 490-3 du code pénal</p> <p>Essentiellement : fraudes comptables, détournement ou dissimulation d'actifs</p> |

[1] Cour d'appel, 29 octobre 2008, Curateur de la faillite SDL SARL.C/L.- S.



LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

RESPONSABILITÉS DES DIRIGEANTS

Fiche 7

LA BANQUEROUTE

Fiche 07 - La banqueroute

Si le curateur d'une faillite découvre certains agissements il doit déposer, au nom de la masse des créanciers, une plainte auprès du procureur d'État.

1.1. La banqueroute simple

La banqueroute simple est punie d'un emprisonnement de un mois à deux ans, auquel s'ajoute dans certains cas une amende de 500 à 30.000 euros.[1]

La loi distingue parmi les agissements incriminés ceux qui entraînent automatiquement la banqueroute, de ceux laissés à l'appréciation du juge pénal.[2]

| Banqueroute obligatoirement prononcée | Banqueroute pouvant être prononcée |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - Dépenses personnelles jugées excessives - Pertes de jeu, opérations fictives de bourses - Manoeuvres commises dans l'intention de retarder sa faillite (obtention de moyens ruineux de se procurer des fonds) - Dépenses et pertes supposées ou non justification de l'existence/emploi de l'actif du dernier inventaire - Paye ou favorise un créancier après la cessation des paiements et au préjudice de la masse des créanciers | <ul style="list-style-type: none"> - Défaut de tenue de comptabilité : la comptabilité est primordiale et le fait de ne pas la produire est passible de sanctions pénales. Cette infraction débouche de plus en plus souvent sur des poursuites - Défaut d'aveu de cessation des paiements. Il est toujours préférable de faire l'aveu même tardivement plutôt que de ne rien faire |

Des complices du dirigeant peuvent être condamnés aux peines de la banqueroute simple.[3]

La loi vise les hypothèses suivantes :

- ceux qui, dans l'intérêt du failli, auront soustrait, dissimulé ou recelé tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles ;
- ceux qui auront frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en leur nom, soit par interposition de personne, des créances supposées ou exagérées ;
- le créancier qui aura stipulé, soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite, ou qui aura fait un traité particulier duquel résulterait, en sa faveur, un avantage à la charge de l'actif du failli ;
- le curateur qui se sera rendu coupable de malversation dans sa gestion ;
- les « gérants des sociétés anonymes » qui ne collaborent pas avec le curateur ou le juge-commissaire.[4]

1.2. La banqueroute frauduleuse

La banqueroute frauduleuse est punie de la réclusion de cinq à dix ans.[5]

La condition d'un état de cessation des paiements n'est pas requise pour que la banqueroute frauduleuse soit prononcée.

La banqueroute frauduleuse est obligatoirement prononcée si le dirigeant a :

- soustrait ses livres comptables, ou s'il a frauduleusement effacé, ou altéré le contenu ;
- détourné ou dissimulé une partie de son actif ;
- s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas dans ses écritures.

[1] Article 489, code pénal.

[2] Articles 573 et 574, code de commerce.

[3] Art.575, code de commerce.

[4] Article 576, code de commerce.

[5] Article 490, code pénal.



LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

RESPONSABILITÉS DES DIRIGEANTS

Fiche 8

LES PRESCRIPTIONS EN
DROIT DES SOCIÉTÉS

Fiche 08 - Les prescriptions en droit des sociétés

Si le principe est que les actions contre les sociétés se prescrivent dans le même temps que les actions contre les particuliers^[1] une prescription courte de 5 ans est prévue dans certaines hypothèses.

1.1. Les prescriptions pendant l'activité de la société^[2]

A. La prescription pour les associés

La responsabilité délictuelle des associés se prescrit par 5 ans à compter de la publication de leur départ de la société ou de la publication de la dissolution de la société.

B. La prescription pour les dirigeants pour les faits de la fonction

La responsabilité civile contractuelle ou délictuelle des dirigeants se prescrit par 5 ans à compter de la date de la commission des faits incriminés, ou de la date de la découverte des faits incriminés en cas de dol.

Cette prescription ne s'applique qu'à la condition que le fait générateur de la responsabilité découle de la fonction : le dirigeant a commis une faute dans le cadre de la gestion, ou le dirigeant a outrepassé ses pouvoirs par exemple.

Il est utile de distinguer suivant la nature contractuelle ou délictuelle de l'action en responsabilité pour définir les différentes situations possibles en cas de démission du dirigeant ou de décharge de l'assemblée.

| | Action en responsabilité contractuelle | Action en responsabilité délictuelle |
|---|---|---|
| Prescription en cas de démission du dirigeant | La prescription de 5 ans court à compter de la notification de la démission à la société L'assemblée générale n'a pas à accepter la démission mais seulement à en prendre acte | La prescription de 5 ans court à compter de la publication de la démission (art.100-13), LSC) |
| Prescription en cas de décharge du dirigeant | La décharge donnée par l'assemblée générale a pour effet de couvrir les fautes de gestion imputables à l'administrateur et empêche l'exercice de l'action sociale à son encontre ^[3] | La décharge donnée par l'assemblée générale n'éteint pas - en principe - la responsabilité délictuelle La prescription quinquennale ne s'applique pas en cas de faute détachable de la fonction ^[4] |
| Prescription en cas de faute de régularité | La décharge ne pourrait pas valablement couvrir une violation de la loi La décharge pourrait couvrir une violation de statuts | |

1.2. Les prescriptions après la dissolution de la société

L'article 1400-6 de la LSC précise que sont prescrites par 5 ans toutes actions contre les liquidateurs en cette qualité, à partir de la publication de la clôture de la liquidation.

L'existence passive de la société pendant cinq ans après la clôture de la liquidation a été consacrée par les tribunaux : « Si, en principe, l'être moral disparaît avec la clôture de la liquidation, (...) l'extinction par la clôture de la liquidation n'est pas absolue et (que) la société continue d'exister jusqu'à l'écoulement de la prescription quinquennale pour répondre des actions que des créanciers sociaux pourraient exercer contre elle. »^[5]

Les liquidateurs sont habilités à représenter la société commerciale dans les actions intentées contre elle par les créanciers sociaux endéans le délai de cinq ans à partir de la publication de la clôture de la liquidation.

[1] Article 1400-5, LSC.

[2] Article 1400-6, LSC.

[3] Tribunal d'Arrondissement, Luxembourg, 7 mars 2007, JurisNews Vol.1, n°05/2008.

[4] Si le dirigeant a commis une infraction « indépendamment du fonctionnement proprement dit de la personne morale, cette dernière n'ayant constitué qu'un paravent pour commettre l'infraction, le délai de prescription de l'action civile est le délai trentenaire de droit commun. » (Cour d'Appel, 5 novembre 2013, N°539/13/V, JdT N°33).

[5] Cour d'Appel, 18 avril 1967, Pas.20, p.339.



LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

RESPONSABILITÉS DES DIRIGEANTS

Fiche 9

LES DROITS DES ASSOCIÉS MINORITAIRES

Fiche 09 - Les droits des associés minoritaires

1. La possibilité de convoquer une assemblée générale (AG)

1.1. Possibilité pour les associés représentant plus de la moitié du capital social (51%)

La tenue d'une AG en présence physique n'est pas « obligatoire » pour les Sarl, sauf à partir de 61 associés (article 710-17 LSC).

Pour ces grandes SARL, le droit de convoquer une AG est dévolu à la gérance : soit à chaque gérant, soit au Conseil de gérance suivant ce qui est mentionné dans les Statuts.

Si la gérance ne procède pas à une convocation, il est prévu, « par défaut », que le Conseil de surveillance, ou « des associés représentant plus de la moitié du capital social », on la possibilité de convoquer l'AG. (Article 710-21 LSC).

1.2. Possibilité pour les minoritaire de demander en justice la désignation d'un mandataire

En cas d'urgence, suivant une pratique en droit des sociétés, et s'il est justifié d'un péril particulier pour la société, il serait possible aux associés minoritaires de demander en justice la désignation d'un mandataire en charge de convoquer une AG et de fixer l'ordre du jour.

2. L'expertise de gestion

Depuis la réforme de 2016, l'expertise de gestion a été étendue à toute forme de société et le seuil abaissé à partir de 10% du capital social ou des droits de vote (art.1400-3 LSC).

La procédure est la suivante :

- a) Une phase préalable : une ou plusieurs questions doivent être posées par écrit à l'organe de gestion, sur une ou plusieurs opérations de gestion
- b) Une phase contentieuse à défaut de réponse dans un délai d'un mois : les minoritaires peuvent demander en justice la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur la ou les opérations de gestions visées.

3. La demande d'inscrire un point à l'ordre du jour (pour les SA)

Un ou plusieurs actionnaires disposant ensemble de 10 pour cent au moins du capital souscrit peuvent demander l'inscription d'un ou plusieurs nouveaux points à l'ordre du jour de toute assemblée générale.

Cette demande est adressée au siège social par lettre recommandée cinq jours au moins avant la tenue de l'assemblée. (Article 450-8 LSC)

4. L'action minoritaire (pour les SA)

4.1. Le principe générale

Traditionnellement il est considéré que la responsabilité d'un dirigeant pour une faute de gestion ne pouvait pas être recherchée par un créancier ou un groupe d'actionnaire minoritaire.

Jurisprudence :

« *L'action en responsabilité contre les administrateurs pour les fautes commises dans leur*

gestion se trouve aux mains de la société seule ». C'est «*la société qui donne mandat à ses administrateurs de la représenter et d'agir en son nom (et donc) c'est au mandant, et à lui seul, que le mandataire doit rendre compte de l'exécution de son mandat »* (T. Arrondissement Lux., 07.03.2007 & 29.06.2007).

4.2. Ouverture d'une action minoritaire pour les SA

Depuis la réforme de 2016, les actionnaires minoritaires d'une SA ont le droit d'agir en justice au nom et pour le compte de la société sur base de l'article 444-2 LSC.

« Une action peut être intentée contre les administrateurs ou membres du directoire ou du conseil de surveillance, selon le cas, pour le compte de la société par des actionnaires minoritaires ou titulaires de parts bénéficiaires.

Cette action minoritaire est intentée par un ou plusieurs actionnaires ou titulaires de parts bénéficiaires possédant, à l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge, des titres ayant le droit de voter à cette assemblée représentant au moins 10 pour cent des voix attachées à l'ensemble de ces titres. »

Jurisprudence :

- a) L'action minoritaire profite, au-delà du seul actionnaire minoritaire, également à l'actionnaire paritaire (situation de 2 actionnaires avec chacun 50% des actions).
- b) L'ouverture d'une action minoritaire n'est pas soumise à la condition préalable du vote d'une décharge au profit des administrateurs. (Cour d'Appel, 27 octobre 2021.cf pasicrisie, Tome 40, p.753).

5. La nomination d'un administrateur provisoire par le juge des référés

Le juge n'a pas qualité pour intervenir dans le fonctionnement d'une société, mais, dans des cas d'urgence, il peut adopter des mesures conservatoires et provisoires.

Pour que le juge accepte de nommer un administrateur provisoire, il faut prouver l'existence d'une gestion défaillante et des circonstances exceptionnelles telles que le péril de la société ou son dysfonctionnement.



LES CAHIERS JURIDIQUES
DE LA CHAMBRE DES MÉTIERS

RESPONSABILITÉS DES DIRIGEANTS

Fiche 10

LIENS UTILES EN DROIT
DES SOCIÉTÉS

Fiche 10 - Liens utiles en droit des sociétés

Le service CONTACT ENTREPRISE de la Chambre des Métiers

Le service CONTACT ENTREPRISE soutient activement tout projet du secteur artisanal que ce soit pour la création ou la transmission d'une entreprise, ou pour la prise en charge des démarches auprès de l'administration Luxembourgeoise.

Tél. : 42 67 67 -510

contact@cdm.lu

www.cdm.lu

Le service Affaires Européennes et Grande Région de la Chambre des Métiers

Le service Affaires Européennes et Grande Région soutient les PME du secteur artisanal dans leur conquête de nouveaux marchés vers les États Membres de l'Union Européenne et dans leurs démarches administratives avec les administrations étrangères.

La Chambre des Métiers fait aussi partie du réseau européen « Entreprise Europe Network. » qui oeuvre pour l'internationalisation et l'innovation des PME.

Tél. : 42 67 67 -219/-266/-366

international@cdm.lu

www.cdm.lu/international

Le Registre du Commerce et des Sociétés de Luxembourg (ou : RCSL)

Le RCSL est l'organisme qui gère les dépôts et assure les publications des actes juridiques et comptables légalement imposés.

Tél. : (+352) 26 428-1

helpdesk@rcsl.lu

www.rcsl.lu

La Direction générale PME et Entrepreneuriat du Ministère de l'Economie

Le Ministère de l'Economie est l'interlocuteur privilégié des PME en matière de droit d'établissement (autorisations) et de pratiques commerciales.

Tél. : (+352) 247-74-700

info.pme@eco.etat.lu

www.gouvernement.lu/meco

Le Guichet Public

Le Guichet Public est portail de l'administration luxembourgeoise : il propose les procédures les plus fréquentes et les formulaires associés, avec la possibilité de faire certaines démarches en ligne.

www.guichet.public.lu