**N° 5352**

**Projet de loi**

1. **concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle ;**
2. **modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et certaines autres dispositions légales ;**
3. **modifiant la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises ;**
4. **modifiant la loi modifiée du 30 mars 1988 sur les organismes de placement collectif ;**
5. **modifiant la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif ;**
6. **modifiant la loi du 25 juillet 1990 concernant le statut des administrateurs représentant l’Etat ou une personne morale de droit public dans une société anonyme ;**
7. **modifiant la loi du 4 décembre 1992 sur les informations à publier lors de l'acquisition et de la cession d'une participation importante dans une société cotée en bourse ;**
8. **modifiant la loi modifiée du 8 juin 1999 créant les fonds de pension sous forme de société d'épargne-pension à capital variable (sepcav) et d'association d'épargne-pension (assep)**

**RESUME**

1. Introduction

L’objectif essentiel du projet de loi 5352 est la mise en œuvre des dispositions du règlement 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (ci-après le « Règlement »).

Mais le projet de loi 5352 ne se limite pas à mettre en œuvre le Règlement. Le choix entre certaines options permis par celui-ci n’a pas été limité aux seules sociétés européennes, mais a également été offert aux sociétés anonymes. Il en va ainsi notamment du système dualiste des organes d’administration (directoire et conseil de surveillance) et de la structure unipersonnelle de l’actionnariat.

1. Historique

L’idée d’une société européenne est née dans l’immédiate après-guerre. C’est dans le cadre du Conseil de l’Europe que fut présenté en 1949 un premier projet réglementant la « compagnie européenne ». Malgré une relance en 1952, ce projet ne fut jamais adopté.

Ce n’est qu’à partir de 1989 que la Commission européenne a modifié l’optique du projet en élaborant des règles matérielles communautaires mais en prévoyant en même temps de nombreux renvois aux législations nationales. La Commission européenne décida de scinder la réglementation de la « *societas europaea* » en deux parties, à savoir un règlement pour ce qui est des aspects relevant du droit des sociétés[[1]](#footnote-1) et une directive portant sur l’implication des travailleurs au sein de la société européenne[[2]](#footnote-2).

Le choix de l’instrument du règlement plutôt que celui de la directive n’est pas anodin. La Commission européenne a voulu aboutir à une réglementation aussi homogène que possible afin que la constitution, mais aussi le fonctionnement, de la société européenne, et par la suite peut-être tous les domaines annexes, deviennent à moyen ou long terme cohérents à la suite d’harmonisations de ces différents domaines juridiques.

Mais, à l’instar d’une directive, le Règlement nécessite des mesures d’application à prendre par les Etats membres. En effet, certaines dispositions sont directement applicables alors que d’autres nécessitent une mise en œuvre par voie législative nationale. Le Règlement doit donc être « transposé » en droit national.

Le Règlement, tout comme d’ailleurs la directive 2001/86, aurait dû être mis en œuvre pour le 8 octobre 2004 au plus tard. Le fait que le présent projet de loi ne soit voté qu’en juillet 2006 n’a pas empêché la constitution de certaines sociétés européennes au Luxembourg, dès lors que ces sociétés n’exigeaient pas la mise en place d’une procédure de consultation des salariés et pouvaient se fonder que sur les dispositions claires, précises et inconditionnelles du Règlement.

1. La finalité de la société européenne

La finalité poursuivie par le Règlement, et par la société européenne par conséquent, est la mobilité intracommunautaire. D’après le premier considérant du Règlement, dans le cadre du marché intérieur qui a aboli les entraves aux échanges et « une adaptation des structures de production à la dimension de la Communauté (…) il est indispensable que les entreprises dont l’activité n’est pas limitée à la satisfaction de besoins purement locaux puissent concevoir et entreprendre la réorganisation de leurs activités au niveau communautaire ».

Il s’agit donc de procéder à une meilleure adaptation du cadre juridique national duquel les sociétés européennes continuent d’être tributaires par rapport à l’environnement économique dans lequel elles évoluent.

Ainsi pourront être créées par la voie de la société européenne, « des sociétés de dimension européenne en dehors de toute entrave résultant de la disparité et de l’application territoriale limitée du droit national des sociétés »[[3]](#footnote-3).

L’intérêt pour le Luxembourg est d’édicter un cadre législatif favorisant l’implantation de sociétés européennes dans notre pays, car en raison de l’application des critères de rattachement et de la possibilité du transfert du siège social vers un autre Etat membre[[4]](#footnote-4), « un véritable forum shopping est à craindre qui mettra en concurrence les divers systèmes juridiques des pays membres de l’Union. Les praticiens du droit vont ainsi procéder à une analyse détaillée de tous les aspects du droit national avant de préconiser l’implantation de la [société européenne] dans tel Etat plutôt que dans tel autre »[[5]](#footnote-5).

1. Les caractéristiques fondamentales de la société européenne

La société européenne est une société de capitaux dont chaque actionnaire ne s’engage qu’à concurrence du capital qu’il a souscrit.

La société européenne bénéficie d’une appellation spécifique. Elle doit faire précéder ou suivre sa dénomination du sigle « SE » et seules les sociétés européennes peuvent faire usage de ce sigle. Néanmoins, les sociétés existant au 8 octobre 2004, date d’entrée en vigueur du Règlement, et qui utilisent le sigle ou l’abréviation « SE » ne sont pas obligées de modifier leur dénomination.

La société européenne doit avoir un capital social exprimé en Euro d’un montant minimum de 120.000 Euro, sans préjudice naturellement des législations nationales qui exigent un capital plus élevé compte tenu des activités exercées par les sociétés en question[[6]](#footnote-6).

Les règles relatives aux actions, obligations ou autres titres ou relatives à la modification, la libération ou au maintien du capital sont celles applicables aux sociétés anonymes.

La société européenne jouit de la personnalité juridique, non pas, comme les autres sociétés nationales, à partir de leur constitution, mais à compter de leur immatriculation au registre de commerce et des sociétés. Il s’agit là d’une concession faite aux Etats qui ont une approche plus institutionnelle que contractuelle des sociétés.

1. La constitution d’une société européenne

Il existe 4 voies pour constituer une société européenne :

* par fusion ;
* par voie de constitution de société holding ;
* par voie de constitution d’une filiale ; ou
* par transformation d’une société anonyme.

Il n’est donc pas possible de constituer une société européenne *ex nihilo[[7]](#footnote-7)*.

Dans chaque cas de figure, une dimension communautaire doit être présente au moment de la constitution de la société européenne.

1. Le rattachement de la société européenne à un système juridique national

Une des caractéristiques essentielles de la société européenne est sa mobilité intracommunautaire. Rattachée à un système juridique national, donc ayant la nationalité d’un Etat membre (2.6.1), la société européenne peut transférer son siège vers un autre Etat membre sans dissolution ou constitution d’une nouvelle société européenne (2.6.2.).

1. La nationalité de la société européenne

Une société commerciale ou, plus généralement une personne juridique, ne peut être constituée qu’en vertu d’un droit national et une société européenne doit, pour sa structure, reposer sur le droit des sociétés d’un des Etats membres. Elle adopte en quelque sorte la nationalité de l’Etat auquel elle est rattachée.

Deux systèmes de rattachement cohabitent au sein des Etats membres de l’Union européenne.

Il y a, d’une part, le système du siège réel, qui existe notamment au Luxembourg, en France et en Belgique, d’après lequel la société a son domicile au lieu de son principal établissement. L’article 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales précise que jusqu’à preuve du contraire, le lieu du principal établissement coïncide avec celui du siège statutaire. Le domicile, et donc la nationalité, d’une société commerciale dépend donc de circonstances de fait qui la rattachent à un Etat déterminé.

D’autre part, un certain nombre de pays, comme la Grande-Bretagne, l’Irlande, l’Italie ou les Pays-Bas, connaissent un autre système de rattachement, dit de l’incorporation. Une société adopte la nationalité de l’Etat dans lequel elle a été constituée peu importe où elle exerce effectivement son activité.

Pour la société européenne, le Règlement a tranché en faveur du siège réel. En effet, l’article 7 du Règlement prévoit que le siège de la société européenne, qui doit se trouver à l’intérieur de la Communauté européenne – ce qui va de soi –, est situé au lieu de son administration centrale.

L’article 7 du Règlement permet, à moins que la loi nationale ne l’interdit, à une société européenne d’avoir son siège social et son administration centrale en deux endroits différents au sein d’un même Etat. Le projet de loi sous rubrique ne comporte pas de précision à ce sujet, de sorte qu’une société européenne luxembourgeoise peut dissocier son siège statutaire et son administration centrale à condition que tant le siège statutaire que l’administration centrale se situent au Luxembourg.

1. Les structures de gestion de la société européenne

En ce qui concerne la structure de gestion d'une société anonyme, le droit luxembourgeois a repris le système moniste, dans la mesure où la société anonyme est gérée par un conseil d’administration. Ce conseil peut certes déléguer tout ou partie de ses pouvoirs à un ou plusieurs comités (comités de direction, comité de rémunération, etc.).

Ni le Règlement, ni le PL sous rubrique n’apportent de modifications substantielles à ce système[[8]](#footnote-8).

Le Règlement permet également aux sociétés européennes de choisir un mécanisme dualiste de gestion. La gestion d’une société européenne est effectuée par deux organes différents : le conseil de direction ou directoire qui dirige la société[[9]](#footnote-9) et est « responsable de la gestion »[[10]](#footnote-10) et le conseil de surveillance qui « exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire, sans pouvoir s’immiscer dans cette gestion »[[11]](#footnote-11). L’article 60bis-12 du projet de loi[[12]](#footnote-12) précise dans ses trois premiers paragraphes que :

« (1) Le conseil de surveillance a un droit illimité de regard sur toutes les opérations de la société ; il peut prendre connaissance sans déplacement des livres, de la correspondance, des procès-verbaux et généralement de toutes les écritures de la société.

(2) Le directoire fait, au moins tous les trois mois, un rapport écrit au conseil de surveillance sur la marche des affaires de la société et de leur évolution prévisible.

(3) En outre, le directoire communique en temps utile au conseil de surveillance toute information sur les événements susceptibles d’avoir des répercussions sensibles sur la situation de la société. »

Le directoire exerce ses fonctions sous le contrôle du conseil de surveillance[[13]](#footnote-13).

Les membres du conseil de surveillance sont désignés par les actionnaires, tandis que ceux du directoire sont nommés par le conseil du conseil de surveillance, à moins que les statuts n’attribuent ce pouvoir à la seule assemblée générale des actionnaires[[14]](#footnote-14). Il en va de même pour le pouvoir de révocation[[15]](#footnote-15). La révocation peut se faire *ad nutum*.

L’article 60bis-17 précise que nul ne peut être à la fois membre du directoire et du conseil de surveillance.

Deux remarques pour terminer :

D’une part, les deux régimes de gestion sont mis sur un pied d’égalité. Le législateur n’a pas tenu à privilégier un régime par rapport à un autre. Une société peut changer d’un système vers l’autre, même en cours d’exercice.

D’autre part, le projet de loi a également étendu ce système de gestion aux sociétés anonymes. Les sociétés anonymes constituées actuellement sous le régime moniste, peuvent opter pour le régime dualiste de gestion[[16]](#footnote-16).

1. Fonctionnement de la société européenne

Les principales règles nouvelles concernant le fonctionnement de la société européenne, qui seront esquissées par après, ont également été transposées aux sociétés anonymes.

La seule exception notable est que les fréquences des réunions du conseil d’administration ou du directoire, lesquels doivent se réunir au moins tous les trois moins selon une périodicité prévue statutairement, n’a pas été reprise pour la société anonyme. Un amendement avait certes été présenté en ce sens par la Commission juridique, mais devant les critiques émises par le Conseil d’Etat dans son avis complémentaire du 20 juin 2006, la Commission juridique a décidé de réserver une telle exigence aux seules sociétés européennes.

Parmi les principales règles de gouvernement d’entreprises qui figurent dans le projet de loi, citons :

* l’obligation de confidentialité (ou de discrétion) auxquels les administrateurs étaient tenus jusqu’à présent et qui découlent de l’obligation d’exécuter leur mandat de bonne foi[[17]](#footnote-17), est désormais consacrée législativement[[18]](#footnote-18) et s’étend aux membres du directoire et du conseil de surveillance ;
* une personne morale peut être nommée membre du directoire, du conseil de surveillance ou du conseil d’administration[[19]](#footnote-19) : dans ce cas elle doit désigner un représentant permanent qui « est soumis aux mêmes conditions et encourt la même responsabilité civile que s’il exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu’il représente. » Si la personne morale révoque son représentant permanent, elle doit simultanément en désigner un autre. « La désignation et la cessation des fonctions du représentant permanent sont soumises aux mêmes règles de publicité que s’il exerçait cette mission en nom et pour compte propre. »

* le traitement des votes blancs ou nuls [[20]](#footnote-20) dans le cadre de la prise de décision au sein des organes de gestion : une décision sera adoptée si une majorité[[21]](#footnote-21) des membres présents ou représentés ont voté en sa faveur. Les votes blancs ou nuls sont donc rangés parmi les votes s’étant exprimés contre une proposition ;
* les membres du conseil d’administration ou du directoire peuvent participer à une réunion « par visio-conférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification »[[22]](#footnote-22). Une telle réunion « est réputée se dérouler au siège de la société ».

Les statuts ne doivent cependant pas interdire cette possibilité. Les modalités pratiques de telles réunions peuvent être précisées dans un règlement intérieur, voire même dans les statuts.

Bien que le projet de loi ne l’aborde pas, la possibilité actuelle de prendre des décisions par voie circulaire, si les statuts le permettent, est bien entendu maintenue ;

* la possibilité de tenir des réunions en utilisant des moyens de télécommunications est également étendue aux assemblées d’actionnaires, et, par ricochet, à celles réunissant les obligataires[[23]](#footnote-23) ;
* la Commission juridique n’a pas intégré des dispositions concernant le vote électronique préférant attendre les résultats des débats autour de la proposition de directive sur l’exercice des droits de vote des actionnaires de sociétés dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé, présentée par la Commission européenne le 5 janvier 2006[[24]](#footnote-24) ;
* si la Commission juridique n’a pas repris la proposition des auteurs du projet de loi d’admettre une modification du capital par majorité simple si la moitié au moins du capital est présente ou représentée, elle a rabaissé de vingt à dix pour cent le seuil pour demander la convocation d’une assemblée générale d’actionnaires[[25]](#footnote-25).

De même les actionnaires représentant au moins dix pour cent du capital social peuvent demander l’inscription d’un ou de plusieurs nouveaux points à l’ordre du jour, à condition de présenter leur proposition par lettre recommandée au moins cinq jours avant la tenue de l’assemblée. Le conseil d’administration ou le directoire, selon le cas, n’est pas obligé d’inscrire ces nouveaux points à l’ordre du jour et, s’il décidait de le faire, il n’est pas tenu d’envoyer de nouvelles convocations aux actionnaires ou de faire procéder à de nouvelles publications. Il conviendra simplement de prendre soin à la rédaction des procurations pour qu’elles couvrent bien d’éventuels points supplémentaires.

1. La société anonyme unipersonnelle

Outre les modifications résultant de l’extension aux sociétés anonymes des dispositions du Règlement dont certaines viennent d’être décrites et dont la plus importante est la possibilité de prévoir une structure interne dualiste, il convient encore de mentionner la possibilité pour une société anonyme de n’avoir qu’un seul actionnaire.

La loi du 24 avril 1983, qui a transposé la directive 77/91/CEE, a déjà réduit le nombre minimum des actionnaires de 7 à 2. La possibilité d’une société anonyme unipersonnelle était certes prévue dans le projet de loi 2474 – qui est devenu la loi du 24 avril 1983 – mais a été retirée à la demande du Conseil d’Etat[[26]](#footnote-26).

A l’instar de ce que la loi du 28 décembre 1992 a prévu pour la société à responsabilité limitée, une société anonyme peut ne comprendre qu’un seul actionnaire[[27]](#footnote-27). Une société anonyme n’ayant qu’un seul actionnaire, qu’elle n’ait eu qu’un seul actionnaire dès sa constitution ou que le nombre des actionnaires se soit réduit à un au cours de son existence, n’encourt donc plus le risque de se voir dissoute suivant la procédure prévue à l’article 101 – dans sa version actuelle – de la loi modifiée du 10 août 1915 et l’actionnaire unique ne répond plus indéfiniment et solidairement avec la société des dettes nées depuis la réunion des actions en une seule main jusqu’à dissolution de la société. Cet article 101 a été abrogé et remplacé par une disposition traitant des dissolutions des sociétés européennes[[28]](#footnote-28).

L’actionnaire unique exerce les pouvoirs dévolus à l’assemblée générale et ses décisions sont consignées dans un procès-verbal[[29]](#footnote-29).

La société anonyme unipersonnelle se voit doter de certaines spécificités au niveau des structures internes.

Ainsi « lorsque la société est constituée par un associé unique ou que, à une assemblée générale des actionnaires, il est constaté que celle-ci n'a plus qu’un associé unique, la composition du conseil d'administration peut être limitée à un membre jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation de l'existence de plus d’un associé. »[[30]](#footnote-30).

Si la société anonyme unipersonnelle a adopté une structure dualiste et que son capital est inférieur à cinq cent mille euros, son directoire peut être composé d’une personne[[31]](#footnote-31). Le conseil de surveillance peut également n’être composé que d’une seule personne, selon les mêmes modalités et dans les mêmes conditions que pour le conseil d’administration d’une société anonyme unipersonnelle.

1. Proposition du 29 août 1989, JOCE C 263 du 16 octobre 1989, modifiée par une proposition du 16 mai 1991, JOCE C 176 du 8 juillet 1991 [↑](#footnote-ref-1)
2. Proposition du 25 août 1989, JOCE C263 du 16 octobre 1989, modifiée par une proposition du 6 avril 1991, JOCE C176 du 8 juillet 1991 [↑](#footnote-ref-2)
3. Règlement, considérant (7) [↑](#footnote-ref-3)
4. Voir 2.6.2. [↑](#footnote-ref-4)
5. Chambre de commerce, avis du 24 novembre 2005, doc.parl.5352-3, p.11 [↑](#footnote-ref-5)
6. On songe par exemple aux établissements de crédit et aux compagnies d’assurances. [↑](#footnote-ref-6)
7. P.Nicaise, La société européenne : une société de type européen, JT 2002, p.484 [↑](#footnote-ref-7)
8. J.P. Spang, Réflexions sur la société européenne  et le droit commun des sociétés, Bulletin Droit et Banque n°36, p.13 [↑](#footnote-ref-8)
9. Art. I-30, art. 60bis-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-9)
10. Art.39 du Règlement [↑](#footnote-ref-10)
11. Art. I-30, art. 60bis-11 de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-11)
12. La numérotation est celle figurant dans le texte du projet de loi tel qu’adopté par la Commission juridique et qui se trouve à la fin de ce rapport. Des modifications dans la numérotation des articles sont en effet intervenues lors de la procédure parlementaire. [↑](#footnote-ref-12)
13. Art. I-30, art. 60bis-2, paragraphe (3), de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-13)
14. Art. I-30, art. 60bis-3 de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-14)
15. Art. I-30, art. 60bis-5 de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-15)
16. Art. I-30, art. 60bis-1, paragraphe (2), de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-16)
17. O.Ralet, Responsabilités des dirigeants de sociétés, p.108 ; voir également B.Tilleman, L’obligation au secret et à la discrétion des administrateurs des sociétés, JT 1993, p.549 ; X.Dieux, La divulgation d’informations concernant la société anonyme : Principes et sanctions, Rev.Dr. ULB 1992, p.63 [↑](#footnote-ref-17)
18. Art. I-38, art. 66 de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-18)
19. Directoire : Art. I-30, art. 60bis-4 de la loi modifiée du 10 août 1915 ; conseil de surveillance : Art. I-30, art. 64bis-14 de la loi modifiée du 10 août 1915 ; conseil d’administration : Art. I-26, art. 51bis de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-19)
20. Art. I-37, art. 64bis, paragraphe (1), de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-20)
21. Dans certains cas la loi prévoit, ou les statuts peuvent prévoir, une majorité renforcée [↑](#footnote-ref-21)
22. Art. I-37, art. 64bis, paragraphe (2), de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-22)
23. Art. I-39, art. 67, paragraphe (3), de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-23)
24. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur l’exercice des droits de vote des actionnaires de sociétés qui ont leur siège statutaire dans un Etat membre et dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2004/109/CE, COM(2005)685 final [↑](#footnote-ref-24)
25. Art. I-41, art. 70 de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-25)
26. Chambre de commerce, avis du 24 novembre 2005, doc.parl.5352-3, p.17 [↑](#footnote-ref-26)
27. Art. I-10, art. 26 de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-27)
28. Art. I-50 [↑](#footnote-ref-28)
29. Art. I-39, art. 67 de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-29)
30. Art. I-25, art. 51 de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-30)
31. Art. I-30, art. 60bis-2, paragraphe (2), de la loi modifiée du 10 août 1915 [↑](#footnote-ref-31)