

N° 5730<sup>9</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2015-2016

**PROJET DE LOI**

**portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915  
concernant les sociétés commerciales et modification du Code  
civil et de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le  
registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité  
et les comptes annuels des entreprises**

\* \* \*

**AVIS COMPLÉMENTAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT**

(23.2.2016)

Par dépêche du 2 avril 2015, le président de la Chambre des députés a saisi le Conseil d'État d'amendements au projet de loi sous rubrique, élaborés par la Commission juridique.

Chacun des amendements était accompagné d'un commentaire explicatif. Au texte des amendements était en outre joint un texte coordonné du projet de loi tel qu'amendé.

Les avis du Conseil de l'ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, de la Chambre de commerce et de la Chambre des notaires ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 24 septembre 2015, 9 février 2016 et 17 février 2016.

*I. Observations générales concernant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur les modifications d'ordre terminologique et légistique.

*II. Amendements portant sur l'article 1<sup>er</sup> – Le Titre IX (Des sociétés) du Code civil*

*Point 1) Nouvel article 1852bis du Code civil*

Le Conseil d'État marque son accord avec le renvoi à l'article 1690 du Code civil, même si, dans une analyse purement juridique, cette référence peut être discutée, alors que la société ne peut pas être considérée comme un débiteur cédé. Pareille disposition est déjà consacrée à l'article 190 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (désignée ci-après par „la loi du 10 août 1915“), à propos des sociétés à responsabilité limitée.

La reformulation du point 2) qui vise, non le bénéfice distribuable, mais bien le bénéfice que la société décide de distribuer, n'appelle pas d'observation.

*Point 2) Article 1853, nouvel alinéa 3*

Le Conseil d'État marque son accord quant à l'introduction d'une disposition sur les „tracking shares“. Il s'interroge toutefois sur le libellé retenu par les auteurs de l'amendement. Il constate en effet que le nouvel article 1853 utilisera le terme de „part“ avec deux significations différentes. Dans les deux premiers alinéas, le terme de „part“ vise la participation dans le résultat de la société concernée et dans l'alinéa 3, que les amendements proposent d'ajouter, ce terme est compris dans le sens de „titre représentant une part du capital de la société“.

Le Conseil d'État propose dès lors de remplacer, à l'alinéa 3, le terme de „part“ par celui de „titre“ qui constitue le terme générique pour désigner la part dans le capital d'une société.

Des redressements en ce sens s'imposent également concernant l'article 1852bis, objet de l'amendement du point 1) ci-avant, où le terme de „part“ a l'acception de „titre“.

*Point 3) Article 1855, nouvel alinéa 3*

Le Conseil d'État marque son accord avec l'amendement qui vise à donner une base juridique aux conventions de portage tout en respectant l'interdiction des clauses dites léonines. Dans un souci de précision, le Conseil d'État propose de remplacer les termes „sans qu'elles aient pour objet ...“ par „qui n'ont pas pour objet“ ou „à condition qu'elles n'aient pas pour objet“.

*Point 4) Nouvel article 1865bis du Code civil*

Le Conseil d'État marque son accord avec l'amendement.

III. *Amendements portant sur l'article II. – La loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales*

*Point 2) Article 2*

Sans observation.

*Nouveau point 2bis) (point 3) initial) Article 3*

Pas d'observation.

*Nouveau point 2ter) Introduction d'un nouvel article 4bis*

Le nouvel article 4bis étend le mécanisme prévu par l'article 25 actuel de la loi du 10 août 1915, qui vise la seule société anonyme, à l'ensemble des sociétés commerciales. Le Conseil d'État peut marquer son accord avec l'amendement.

*Nouveau point 2quater) Introduction d'un article 4ter nouveau*

L'article 4ter nouveau précise les mentions devant obligatoirement, sous peine de nullité, figurer dans l'acte constitutif de la société en nom collectif, de la société en commandite simple et de la société civile. Le Conseil d'État peut marquer son accord avec l'amendement.

*Point 2bis) initial – Article 6*

Pas d'observation.

*Nouveau point 2quinquies) Article 8*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur l'amendement. Il renvoie toutefois aux observations formulées par l'Ordre des avocats qui propose de viser également la société anonyme simplifiée.

*Point 3) Article 11bis*

Pas d'observation.

*Point 4) Article 11ter*

Le Conseil d'État renvoie aux observations formulées par l'Ordre des avocats et propose de reprendre le texte alternatif formulé dans cet avis.

*Nouveau Point 4bis) – Introduction d'un article 11quater nouveau*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur le contenu de l'amendement. L'Ordre des avocats propose une formulation différente qui ne modifie en rien le contenu.

*Point 5) Article 12ter*

Le Conseil d'État propose de rédiger l'article 12ter, paragraphe 2, point 3), comme suit:

„3) si la société civile et la société en nom collectif ne comprennent pas au moins deux fondateurs valablement engagés ou si la société en commandite simple ne comprend pas au moins un associé commandité et un associé commanditaire distincts valablement engagés“.

*Points 6) à 16bis)*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation concernant ces points.

*Point 17) Article 32*

Le Conseil d'État note que l'absence d'établissement du rapport du réviseur d'entreprises entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale en vertu de l'article 32, paragraphe 6, alinéa 4, de la loi du 10 août 1915, alors que tel n'est pas le cas dans l'hypothèse d'un défaut de communication dans les formes prévues au paragraphe 6, alinéa 3.

*Point 17bis) Article 32*

L'insertion d'un paragraphe 7 dans l'article 32 vise à donner une base légale indiscutable à la technique d'émission d'actions sans mention de valeur nominale en deçà du pair comptable des actions anciennes de la même catégorie dans le cadre du capital autorisé. Le Conseil d'État peut y marquer son accord. Il propose toutefois de remplacer à l'alinéa 1<sup>er</sup> la référence à l'article 32 par une référence aux paragraphes 2 et 3 et d'écrire „... conformément aux paragraphes 2 ou 3...“.

*Points 18) et 19)*

Pas d'observation.

*Point 20) Article 32-3*

L'amendement porte sur plusieurs points.

En ce qui concerne l'information des porteurs d'actions nominatives prévue à l'article 32-3, paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>, l'ajout à la référence du moyen de la lettre recommandée des termes „sans préjudice d'autres moyens de communication acceptés individuellement par leurs destinataires“ vise à couvrir tout moyen de communication de nature à garantir une information effective. Le Conseil d'État s'interroge sur la formule retenue, alors qu'elle fait abstraction du critère de la réception pourtant souligné dans le commentaire. Le Conseil d'État propose d'ajouter les mots „et garantissant l'information“.

L'amendement apporté au texte proposé pour l'article 32-3, paragraphe 4, vise à clarifier que les restrictions à la négociabilité du titre auquel est lié le droit de souscription s'appliqueront nécessairement à ce même droit.

L'amendement portant sur le texte proposé concernant l'article 32-3, paragraphe 5, tend à préciser que l'absence du rapport du conseil d'administration ou du directoire entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale concernée.

Le nouveau paragraphe *5bis* a pour objet de régler en droit luxembourgeois la possibilité pour une société anonyme d'émettre des actions gratuites aux membres de son personnel. Les auteurs de l'amendement expliquent que le nouveau dispositif législatif s'inspire des articles L. 225-197-1 et suivants du code de commerce français, tout en prévoyant un régime considérablement allégé et adapté au droit luxembourgeois, et en laissant une plus grande marge de décision aux organes de la société. Le Conseil d'État a certaines interrogations sur le texte proposé. Il relève, d'abord, que le droit des sociétés luxembourgeois s'est toujours orienté, pour tout ce qui ne relève pas du droit européen, sur le droit belge et qu'il a des réserves par rapport à un changement de référence. Il note, encore, que le paragraphe *5bis*, alinéa 1<sup>er</sup>, vise les membres du personnel salarié de la société et que le premier tiret de l'alinéa 3 mentionne les salariés de sociétés ou groupements d'intérêt économique dont 10% au moins du capital ou des droits de vote sont détenus directement ou indirectement par la société attribuant les actions gratuites. Le dernier tiret de l'alinéa 3 vise toutefois les mandataires sociaux, ce qui est conforme au commentaire qui inclut les dirigeants sociaux. Le Conseil d'État note, ensuite, que les textes français donnent la compétence à l'assemblée générale extraordinaire, alors que le paragraphe sous examen renvoie aux statuts qui peuvent conférer compétence au conseil d'administration ou au directoire. Par ailleurs, le paragraphe *5bis* fait également intervenir à la fin du premier et au deuxième alinéa l'assemblée générale, notamment pour fixer les conditions et modalités de l'attribution. Que signifie, dans ce contexte, la phrase „les dispositions du paragraphe (5) sont applicables sous réserve de ce qui est dit au présent paragraphe“? Le Conseil d'État ne comprend pas quelle est l'option qu'entendent prendre les auteurs. S'agit-il de prévoir que l'assemblée générale est compétente pour toute émission d'actions gratuites en cas d'augmentation de capital? S'agit-il de permettre aux statuts de conférer compétence au conseil d'administration ou au directoire pour l'intégralité de l'opération?

Le nouveau texte du paragraphe 7 n'appelle pas d'observation particulière.

*Point 21) Article 32-4*

L'amendement sous examen ne fait que donner une articulation différente à un amendement parlementaire de 2009 sur lequel le Conseil d'État avait marqué son accord.

*Point 22) Article 37*

Le Conseil d'État marque son accord avec l'amendement qui répond à une opposition formelle qu'il avait formulée et à d'autres suggestions faites dans son avis antérieur.

*Point 23) Article 38*

Pas d'observation.

*Nouveau point 23bis) Article 41*

*Renumérotation du point initial 23bis et suppression des points 23ter, et 24)*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation.

*Nouveau point 24) Articles 44 à 47*

Le Conseil d'État marque son accord avec l'amendement qui vise à préciser que les droits financiers des actions sans droit de vote doivent être fixés dans les statuts.

En qui concerne la formulation „sans préjudice d'autres moyens de communication acceptés individuellement par leurs destinataires“, le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit du point 20. Il en est de même pour la publication dans un seul journal.

*Point 25) Article 49-1*

Pas d'observation.

*Point 26) Article 49-2*

Le Conseil d'État renvoie à l'avis de l'Ordre des avocats qui propose d'ajouter au nouveau point 5) derrière le mot „actionnaires“ les termes „se trouvant dans la même situation“. Le Conseil d'État relève que cet ajout est conforme à la logique de l'article 42 de la directive 2012/30/UE<sup>1</sup> auquel le commentaire se réfère et qui vise l'hypothèse de plusieurs catégories d'actions.

*Point 28) Article 49-6*

Le Conseil d'État marque son accord avec la proposition de l'Ordre des avocats d'étendre au paragraphe 2 l'exception à l'interdiction y prévue dans l'hypothèse où la société avance les fonds ou accorde les prêts afin de permettre l'acquisition d'actions propres par le personnel de la société en question ou par le personnel d'une société avec laquelle elle a un lien de contrôle. Cette solution est à retenir pour assurer la conformité avec la directive 2012/30/UE et la cohérence avec l'article 49-2, paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>. Le Conseil d'État renvoie aussi à l'article 32-3, paragraphe 5bis, alinéa 3, premier tiret (inséré par le point 20) qui permet l'attribution d'actions gratuites au personnel de sociétés ou groupements d'intérêt économique dont 10 pour cent au moins du capital ou des droits de vote sont détenus directement ou indirectement par la société en question.

Le Conseil d'État propose encore de remplacer les termes „notamment au regard des intérêts perçus par la société et des sûretés qui lui sont données“ par „notamment au regard des intérêts perçus par la société ou des sûretés qui lui sont données“, alors qu'il ne peut s'agir de conditions devant se cumuler pour apprécier les „justes conditions de marché“.

*Point 29) Article 49bis*

Pas d'observation.

*Point 31) Article 51*

Le Conseil d'État marque son accord avec l'amendement qui répond à des observations qu'il a faites dans son avis du 23 février 2010. Ainsi une société anonyme unipersonnelle peut avoir soit un administrateur unique, soit un conseil d'administration composé d'au moins trois administrateurs.

<sup>1</sup> Directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital.

*Point 32) Article 51bis*

Pas d'observation.

*Point 32bis) Article 54*

Le Conseil d'État reconnaît qu'il n'est pas logique de limiter le droit de déléguer des compétences à un comité, puisqu'il s'agit d'investir ledit comité de certaines attributions. Il marque dès lors son accord avec l'amendement.

*Point 33) Article 57*

Dans son avis précité du 23 février 2010, le Conseil d'État avait considéré que le texte actuel de l'article 57 est suffisamment protecteur des intérêts de la société. La formulation „intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou une opération relevant du conseil d'administration“, outre qu'elle est compliquée, est juridiquement critiquable dès lors que l'opposition d'intérêts se vérifie par rapport à l'entité juridique de la société. Le Conseil d'État reviendra sur la question dans le cadre des amendements sur le point 59) portant sur le nouvel article 101-25, mais note qu'à l'alinéa 2 l'intérêt opposé est, à juste titre, décrit comme celui opposé à celui de la société.

Les amendements apportés au point 33 n'appellent pas de commentaire.

*Point 34) Article 59*

Le Conseil d'État marque son accord avec les principes retenus dans le texte de l'article 59 tel qu'amendé. Il propose d'ajouter les termes „et les membres du comité de direction“ derrière la référence aux administrateurs à l'alinéa 2, plutôt que d'insérer un alinéa 3, procédant à une extension du régime aux membres du comité de direction. L'alinéa 3 pourrait ainsi être omis pour être superflu. Enfin, le Conseil d'État propose d'ajouter une référence au directeur à l'alinéa 2.

*Point 35) Article 60*

Le Conseil d'État marque son accord avec le principe énoncé à l'alinéa 5. Il propose, pour la formulation, de s'inspirer du libellé de l'article 59.

*Point 36) Articles 60-1 et 60-2*

Le Conseil d'État partage les interrogations de l'Ordre des avocats quant à l'ajout proposé dans l'amendement suivant lequel „le comité de direction exerce ses pouvoirs de manière exclusive“. Il relève encore que cette phrase ne donne de sens que si les pouvoirs du comité sont clairement définis par rapport à ceux du conseil d'administration. Pour des domaines de compétence commune, la formule est vide de signification.

Le Conseil d'État propose encore de ne pas omettre la référence aux statuts, alors qu'il y va du respect du pacte social.

En ce qui concerne l'article 60-2, alinéas 1<sup>er</sup> et 4, le Conseil d'État renvoie à sa proposition de texte formulée au point 59) portant sur l'article 101-25.

Le Conseil d'État propose toutefois de modifier l'articulation des alinéas et de placer l'alinéa 4 actuel, relatif au directeur général, derrière l'alinéa 5 actuel sur le comité de direction, ceci dans le respect de la structure organique de la société.

*Points 37) à 40)*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur ces points.

*Point 41) Articles 63bis à 63septies*

En ce qui concerne la teneur donnée par les amendements au nouvel article 63bis, les auteurs expliquent qu'en réponse aux observations du Conseil d'État, il est décidé de revenir à la version initiale du texte. Le Conseil d'État rappelle que, dans son avis précité du 23 février 2010, il avait émis une opposition formelle en considérant ce qui suit: „Le dernier alinéa de l'article 63bis restreint le cadre des actionnaires pouvant exercer l'action minoritaire en excluant ceux qui ont voté la décharge. Cependant, les actionnaires ayant voté la décharge peuvent l'exercer si cette décharge n'est pas valable. Cette dernière proposition introduit une difficulté supplémentaire dans l'examen de la rece-

vabilité d'une action introduite par des actionnaires ayant le droit de vote, car elle introduit une question préjudicielle à l'action. Il se pose encore la question de l'effet de la constatation d'une irrégularité de la décision. Enfin, il se pose la question contre qui une telle action devrait être introduite". Il avait encore observé que l'amendement parlementaire n'est pas de nature à lever l'opposition formelle. Le Conseil d'État constate que cette disposition est reprise comme avant-dernier alinéa de l'article 63bis dans la teneur résultant de l'amendement. Outre les considérations relevées ci-avant, déjà émises dans son avis précité du 23 février 2010, le Conseil d'État souligne que pareille disposition n'est pas prévue à l'article 59 concernant l'action dite majoritaire. Cette disposition est d'ailleurs superflue en ce que les droits des actionnaires dans les situations visées par le nouvel alinéa 3 sont réglés par le droit commun des contrats ainsi que par le principe *fraus omnia corrumpit*. Dans ces conditions, le Conseil d'État ne saurait lever son opposition formelle que si les auteurs font abstraction du nouvel alinéa 3.

Le Conseil d'État relève que l'alinéa 4 relatif aux frais ne se retrouve pas non plus à l'article 59 de la loi de 1915, et il en demande la suppression.

Le Conseil d'État partage encore les interrogations formulées dans l'avis précité du Conseil de l'Ordre des avocats quant à la signification du début de phrase „Pour les actionnaires ayant droit de vote“.

Finalement, il voudrait souligner que le fait que le seuil fixé à l'alinéa 2 de l'article 63bis venait à ne plus être atteint en cours de procédure ne prive pas les requérants de leur droit d'agir.

En ce qui concerne le dernier alinéa relatif à la prise en charge des frais par la société, le Conseil d'État rappelle que, dans son avis précité du 23 février 2010, il avait considéré que le texte était superfétatoire, au regard des articles 238 et suivants du Nouveau Code de procédure civile et de l'article 6-1 du Code civil. Le Conseil d'État relève que l'Ordre des avocats critique à son tour cette disposition.

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur la suppression des articles 63ter, 63quater, 63quinquies et 63sexies.

*Point 42)*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation.

*Point 42bis)*

Le Conseil d'État marque son accord avec l'amendement. Les termes „sauf disposition contraire des statuts“ figurent encore au paragraphe 3.

*Point 42ter)*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur ce point.

*Point 43) Article 67*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur l'insertion au paragraphe 2 d'un nouvel alinéa 2 après l'alinéa 1<sup>er</sup>.

En ce qui concerne l'exigence de la présence physique des actionnaires ou mandataires à Luxembourg pour la tenue de l'assemblée, le Conseil d'État partage les critiques formulées par l'Ordre des avocats. Il propose dès lors d'omettre le troisième tiret du point 43), dès lors qu'il ne faut pas mêler le droit des sociétés et le droit fiscal international et qu'il y a lieu de préserver l'autonomie statutaire en la matière.

Le Conseil d'État comprend l'ajout des termes „sauf disposition contraire des statuts“ au paragraphe 4, alinéa 2, comme permettant un retour à la règle „une action, une voix“ qui est posée à l'alinéa 1<sup>er</sup>. Il conçoit toutefois qu'une autre lecture est également possible permettant une solution statutaire autre que celles expressément prévues aux alinéas 1<sup>er</sup> et 2. Si la première lecture est à retenir, il suffirait, au lieu de l'amendement sous examen, d'ajouter à la fin du nouvel alinéa 2 la phrase suivante: „Les statuts peuvent prévoir l'application de l'alinéa 1<sup>er</sup>.“

En ce qui concerne le nouveau paragraphe 8, le Conseil d'État s'interroge sur la précision suffisante des hypothèses dans lesquelles il y a lieu à suspension du droit de vote. Qui constate, et selon quelles procédures, que l'actionnaire n'a pas rempli ses obligations? Quelles sont les obligations dont le non-respect peut ainsi être sanctionné? Le Conseil d'État estime que ces questions doivent être réglées en détail par les statuts. Dès lors, il propose que la loi renvoie sur ces points aux statuts.

Le Conseil d'État propose de faire abstraction de l'alinéa 2 du paragraphe 8 qui est superflu en ce que les associés sont toujours libres d'exercer ou non leurs droits de vote.

*Point 45) Article 67-1*

Pas d'observation.

*Point 46) initial – Article 68*

Le Conseil d'État marque son accord sur le retour à la version initiale de l'article 68, ce qui répond à l'opposition formelle qu'il avait formulée dans son avis du 23 février 2010.

*Point 47) initial – Article 69*

Pas d'observation.

*Nouveau point 47) – Article 70*

Le Conseil d'État partage la critique de l'Ordre des avocats en ce que l'assemblée générale est le premier organe décisionnel de la société et qu'une convocation des administrateurs aux assemblées générales, qu'ils n'ont pas convoquées eux-mêmes, ne saurait dès lors être une obligation. Il propose d'omettre cette exigence.

*Nouveau point 47bis) Nouvel article 70bis*

Le Conseil d'État rappelle ses observations quant à la garantie que l'information transmise par „d'autres moyens de communication“ soit effectivement reçue par le destinataire.

*Nouveau point 48) Article 73*

Le Conseil d'État rejoint la proposition de l'Ordre des avocats consistant à supprimer au nouveau point 6) la référence aux statuts coordonnés. La notion des statuts coordonnés n'est en effet pas consacrée par la loi du 10 août 1915. Dans la pratique, les statuts sont très souvent coordonnés par le notaire à la suite de l'assemblée générale et ne visent qu'à faciliter la lecture des différentes modifications statutaires, étant précisé que seules les modifications telles qu'approuvées par les associés sont pertinentes.

Au nouvel alinéa 2, le Conseil d'État marque son accord avec la proposition des auteurs des amendements qui vise à permettre désormais aux actionnaires d'obtenir un exemplaire des documents visés sur justification de leur titre. La production du titre, qui est la solution retenue dans la loi actuelle, ne serait dès lors plus exigée. La nouvelle disposition est moins stricte que la solution actuelle et renvoie par ailleurs au principe de la liberté de la preuve qui vaut en matière commerciale.

Le Conseil d'État a des interrogations sur le dernier alinéa qui mélange la question de la communication de documents avec celle du droit de vote. Il relève que l'article 198, objet du point 97 des amendements, se limite à traiter de la question de la communication.

Le texte proposé pose encore une série de questions. Dans quels cas, les intéressés disposent-ils d'un droit de vote ou n'assistent-ils qu'avec voix consultative? Qu'est-ce qu'une „voix consultative“? Est-ce que ce terme signifie que la personne en question peut participer à l'assemblée générale et y prendre la parole, sans toutefois pouvoir voter? La formule „selon le cas“ ne met pas fin à cette incertitude. La dernière phrase de cet alinéa devra être reformulée afin de répondre à ces questions.

*Nouveaux points 50) à 55bis)*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur ces points.

*Point 58) initial*

Pas d'observation.

*Nouveau point 58) Article 100*

Le Conseil d'État propose d'aligner le délai de 15 jours qui est proposé pour obtenir un exemplaire des documents visés au délai de convocation de 8 jours prévu à l'article 70 tel qu'amendé.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations sous le point 48) à propos de l'article 73 en ce qui concerne la „production [par l'actionnaire] de son titre“. L'article 73 tel que modifié a remplacé la

production du titre par une justification. Cette modification n'a pas été reprise. Le Conseil d'État demande une cohérence entre les deux articles.

Concernant l'alinéa 3, le Conseil d'État renvoie à l'observation qu'il a faite à l'endroit du point 11, concernant l'article 32.

Le dernier alinéa reprend l'alinéa 3 du texte actuellement en vigueur. Le Conseil d'État propose toutefois que les auteurs saisissent l'occasion pour préciser la référence aux „dispositions qui précèdent“ en déterminant les obligations dont la violation risque d'engager la responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs et des membres du directoire.

*Nouveau point 59) Insertion d'une section IVbis (Articles 101-18 à 101-32)*

Article 101-18

Le texte des amendements fait défaut.

Articles 101-20 à 101-24

Pas d'observation.

Nouvel article 101-25

Autant le Conseil d'État comprend le souci des auteurs du nouvel article 101-25 en projet, autant il critique la formulation.

Le Conseil d'État renvoie à ses observations à l'endroit du point 33 relatif à l'article 57.

Le Conseil d'État pourrait concevoir le texte qui suit:

„**Art. 101-25.** Lorsque le président a, directement ou indirectement, un intérêt de nature patrimoniale opposé à celui de la société à l'occasion d'une opération qu'il est en droit de décider, il en est fait mention dans le procès-verbal de l'opération.

Lorsqu'un directeur ou des directeurs ont, directement ou indirectement, un intérêt de nature patrimoniale opposé à celui de la société, la décision est prise par le président. [Il en est fait mention dans le procès-verbal de la décision].

Il est spécialement rendu compte, à la première assemblée générale, avant tout vote sur d'autres résolutions, des opérations dans lesquelles le président aurait eu un intérêt opposé à celui de la société.

Ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations courantes conclues dans des conditions normales.“

Articles 101-27 et 101-28

La suppression de ces articles ne soulève pas d'observation.

Nouvel article 101-26 – Article initial 101-29

L'amendement proposé n'appelle pas d'observation.

Articles 101-30, 101-31 et 101-32

La suppression de ces articles ne soulève pas d'observation.

*Nouveau point 60) Article 107*

L'article 107 actuel prévoit que „*La gérance de la société appartient à un ou plusieurs associés, commandités, désignés par les statuts*“. La question posée est celle de savoir si une personne morale, gérant de la société, doit désigner une personne physique comme représentant permanent. L'amendement se propose de compléter l'article 107 en consacrant une réponse négative. Les auteurs font état d'un „arrêt du 13 décembre 2013 n° 145725“ où le juge aurait, par référence à l'article 51*bis*, imposé l'obligation de nommer un représentant permanent.

Le Conseil d'État relève que les auteurs font référence non pas à un arrêt de la Cour de cassation ou de la Cour d'appel, mais à un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, qui a dit que l'article 51*bis* a vocation à s'appliquer aux sociétés en commandite par actions.

Le Conseil d'État relève que le législateur ne saurait donner une portée rétroactive à des dispositions nouvelles en relation avec des procédures judiciaires en cours. Une telle façon de procéder serait contraire aux principes du procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>2</sup>. Dans la mesure où la recevabilité d'une action en application de la théorie de l'organe s'analyse en fonction de la loi applicable au moment de l'introduction de l'action, un effet rétroactif devrait être écarté dans le cas présent.

En ce qui concerne la formulation, le Conseil d'État relève le caractère „tarabiscoté“ de la phrase à ajouter qui autorise les sociétés à ne pas poser un acte. Si l'idée est de rendre l'article 51 *bis* inapplicable, autant le dire en des termes plus clairs en écrivant „... elles ne sont pas tenues de désigner une personne physique comme représentant permanent“.

*Nouveau point 61) – Article 113*

Pas d'observation.

*Nouveau point 61bis) Article 114*

Le Conseil d'État propose d'omettre à l'alinéa 1<sup>er</sup> la référence aux régimes moniste et dualiste et d'écrire „... peut opter pour un des régimes visés aux articles 137-23 et 137-41“.

Le Conseil d'État demande par ailleurs, sous peine d'opposition formelle, la suppression de l'alinéa 2 disposant que „la société coopérative est soumise en outre aux dispositions du Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003, relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC)“. Un règlement européen est directement applicable et son champ d'application ne peut pas être déterminé, restreint ou étendu par la loi nationale.

*Point 62) Article 115*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur l'amendement qui répond à une proposition qu'il avait faite dans son avis du 23 février 2010.

*Point 66) Article 127*

Le Conseil d'État marque son accord avec l'amendement qui répond à une observation qu'il a faite. En ce qui concerne la formulation de l'alinéa 1<sup>er</sup>. Il propose le texte suivant qui s'inspire de près de celui de l'article 37 relatif aux sociétés anonymes:

„**Art. 127.** Indépendamment des parts représentatives du capital, il peut être créé des titres ou parts bénéficiaires. Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés. (...)“

*Points 68) à 69bis)*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur ces points.

*Point 70) Article 141*

Les auteurs proposent au paragraphe 1<sup>er</sup> d'ajouter les sociétés civiles au libellé actuel de la première phrase de cet article „*afin de ne pas exclure la société en commandite spéciale*“. Le Conseil d'État donne toutefois à considérer que la société en commandite spéciale n'est pas une société civile. Il propose le libellé qui suit:

„**Art. 141.** (1) Les sociétés civiles et commerciales de même que la société en commandite spéciale ...“

L'Ordre des avocats critique encore les nouveaux paragraphes 2 et 3 pour deux motifs. Les organismes publics visés risqueraient de ne pas être en mesure ou disposés à émettre les certificats dans un délai rapproché. En outre, les sociétés procédant par versement d'avances ne seraient jamais en règle. Le Conseil d'État rejoint l'Ordre des avocats sur la deuxième critique.

Les nouveaux paragraphes 2 et 3 protègent les seuls créanciers publics aux dépens des créanciers privés. Ils suivent la logique du droit de la faillite qui accorde aux créanciers publics un rang privilégié

<sup>2</sup> Cour européenne des droits de l'homme: arrêt du 28 octobre 1999, Zielinski et autres contre France; arrêt du 21 octobre 2013, Del Río Prada contre Espagne.

par rapport aux créanciers privés dans le recouvrement des créances. Le Conseil d'État peut dès lors y marquer son accord, sous réserve de l'observation faite précédemment en ce qui concerne les avances.

*Point 71) Article 142*

Pas d'observation.

*Insertion d'un point supplémentaire 74bis)*

Le Conseil d'État marque son accord à la proposition de prévoir à l'article 148<sup>ter</sup> la possibilité pour une société civile de se transformer en une société en commandite spéciale.

*Point 75) Article 148quater*

Le Conseil d'État renvoie, en ce qui concerne la formulation sur l'intérêt opposé à ses observations à l'endroit du nouvel article 101-25. Il propose encore d'omettre les termes „applicable par analogie“; cette formule est à éviter dans des textes légaux parce qu'elle est dépourvue de portée juridique réelle.

*Points 76) à 78) et nouveau point 78bis)*

Pas d'observation.

*Point 79) Article 163*

Le Conseil d'État marque son accord avec l'observation de l'Ordre des avocats concernant la nécessaire adaptation terminologique au point 6) de l'article 163.

*Point 80) Article 180-1*

Pas d'observation.

*Point 81) Article 181*

Le Conseil d'État comprend la critique émise par l'Ordre des avocats suivant laquelle „il n'appartient pas à la société, représentée par ses gérants ou – le cas échéant – par son conseil de gérance, de ramener le nombre des associés à 100 ou de se transformer“. Il marque son accord avec le texte proposé par l'Ordre des avocats.

*Point 82) Article 182*

L'amendement vise à reprendre le libellé tel que proposé par le projet de loi initial sous un paragraphe 1<sup>er</sup> et d'insérer six nouveaux paragraphes visant à instaurer un régime de parts rachetables dans les sociétés à responsabilité limitée.

Selon le commentaire afférent, „Cette possibilité [le rachat des parts] ne sera pas réservée au seul cas des parts rachetables. Il a de tout temps été admis qu'une société à responsabilité limitée peut racheter ses parts du consentement des associés.“ Or, comme le projet envisage le rachat des parts sociales par la société à responsabilité limitée seulement dans le cas des parts émises comme rachetables au sens du nouveau paragraphe 2, la question qui se pose est celle de savoir si le rachat de parts non rachetables par les sociétés à responsabilité limitée demeure effectivement possible.

À l'image de l'actuel article 182, le Conseil d'État propose en premier lieu de compléter la fin de la première phrase du paragraphe 1<sup>er</sup>, par les termes „au moins“. Cette phrase se lirait ainsi comme suit:

„**Art. 182.** (1) Le capital social doit être de 12.000 au moins ...“

Le rappel au point 5) du principe de l'égalité de traitement est superflu. Le Conseil d'État propose de faire abstraction de ce point. Les points subséquents devront être renumérotés en conséquence.

*Point 83) Article 182bis*

Pas d'observation.

*Nouveau point 83) Article 183*

Le Conseil d'État marque son accord avec l'amendement dans la mesure où il répond à l'opposition formelle qu'il avait émise dans son avis précité du 23 février 2010. L'amendement supprime la possi-

bilité de constituer une société sans capital disponible. Le Conseil d'État ne suit pas les auteurs quand ils suppriment le paragraphe 2 relatif aux obligations de vérification du notaire. L'amendement n'est d'ailleurs autrement motivé dans le commentaire afférent.

*Nouveau point 84) et points 86) à 88)*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur ces points.

*Point 89) Article 189*

Dans son avis précité du 23 février 2010, le Conseil d'État s'est opposé à ce que le refus par l'assemblée générale d'agréer un transfert de parts sociales implique une inaccessibilité au motif qu'un tel régime est contraire aux principes généraux de droit, dès lors que le contrat de société, comme tout contrat, doit permettre une sortie. En réponse à cette critique, le projet sous examen prévoit désormais que le refus d'agrément ouvrira une période de 3 mois à l'issue de laquelle les associés non sortants seront tenus d'avoir acquis ou fait acquérir les parts sociales de l'associé sortant. Cette solution est toutefois critiquable en ce qu'elle se heurte au principe posé à l'article 199 en vertu duquel l'augmentation des engagements des associés requiert le consentement unanime de tous les associés. Le texte proposé n'est d'ailleurs pas clair. L'acquisition doit-elle se faire au prorata du taux de participation des différents associés dans le capital de la société? Qu'en sera-t-il des associés n'ayant pas les moyens financiers pour acquérir les parts? L'Ordre des avocats, dans son avis, critique aussi cette solution qui reviendrait à organiser un „régime de rachat ou de sortie forcé(e)“ dans la société à responsabilité limitée qui serait alors la seule forme sociale à connaître un tel régime. Il propose de rendre le principe posé à l'article 189, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, optionnel en donnant aux associés non sortants la possibilité de racheter ou de faire racheter les parts sociales de l'associé sortant pendant un délai de trois mois. Le Conseil d'État a des préférences pour cette solution qui évite les écueils d'une interdiction de sortie et d'un rachat forcé.

Le paragraphe 3 prévoit la détermination du prix en renvoyant, dans un premier temps, aux statuts, et, en cas de désaccord, à une décision du magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et en matière de référé. L'Ordre des avocats propose de prévoir dans les statuts la possibilité de déterminer le prix et d'obliger le magistrat à passer par une expertise. Le Conseil d'État a des difficultés à suivre l'Ordre des avocats quant à ses réserves relatives à la manière dont le juge doit procéder, étant entendu que le juge peut, s'il l'estime nécessaire, recourir à un expert, sans que cela doive figurer dans la loi du 10 août 1915, les règles afférentes du Nouveau Code de procédure civile s'appliquant. Il marque son accord avec l'amendement tel que proposé.

*Points 90) et 91)*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur la suppression de ces points.

*Nouveau point 91) Article 191bis*

Concernant la modification qui est proposée au paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, le Conseil d'État préférerait le recours à la formule „sauf disposition contraire des statuts“ figurant également à d'autres endroits du texte de la loi en projet. Cette formule garantit, à la fois, la sécurité juridique et la flexibilité nécessaire.

Pour le surplus, le Conseil d'État marque son accord avec les modifications proposées pour les paragraphes 2, 5 et 6 de l'article sous examen, qui répondent à des interrogations qu'il avait formulées dans son avis du 23 février 2010.

*Point 93) initial Article 192*

Pas d'observation.

*Nouveau point 93) Article 195*

Le Conseil d'État marque son accord avec la suppression des termes „munies d'un droit de vote“ à l'alinéa 1<sup>er</sup>.

Il marque aussi son accord avec les dispositions de l'alinéa 2 afin de consacrer, également pour les sociétés à responsabilité limitée, la possibilité de limiter l'exercice des droits de vote des associés dans des hypothèses particulières.

Renvoyant à ses observations à l'endroit du point 43 portant sur le paragraphe 8 de l'article 67, le Conseil d'État propose de faire abstraction du nouvel alinéa 3.

*Nouveau point 94) et point 95)*

Pas d'observation.

*Nouveau point 96) Article 196bis*

En réponse à une opposition formelle soulevée par le Conseil d'État dans son avis du 23 février 2010, les auteurs de l'amendement proposent de reprendre le libellé de l'article 68 dans sa version actuelle en l'adaptant aux sociétés à responsabilité limitée, et de supprimer entièrement le libellé du projet de loi. Le Conseil d'État est en mesure de lever l'opposition formelle.

*Nouveaux points 97) et 98)*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur ces points. Il tient toutefois à souligner que l'article 198bis est à mentionner à l'endroit de l'article 167, qui n'est pas modifié. Cet article ne sanctionne que les administrateurs contrevenant à l'article 72-2, alors que l'article 198bis est le pendant de cet article 72-2 pour les sociétés à responsabilité limitée.

*Point 99) Article 199*

Le Conseil d'État marque son accord avec la proposition d'étendre aux sociétés à responsabilité limitée la possibilité d'augmenter le capital social dans le cadre de la procédure du capital autorisé.

*Nouveaux points 99bis) et 99ter)*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur ces points.

*Points 100) initial et 103) initial*

La suppression de ces points ne soulève pas d'observation.

*Nouveau point 101) Section XVquater – La transformation (Articles 308bis-15 à 308bis-27)*

*Article 308bis-15*

Le Conseil d'État marque son accord à voir préciser à l'article 308bis-15 le champ d'application du régime prévu pour les transformations de sociétés.

*Article 308bis-16*

Le Conseil d'État considère que le bout de phrase commençant par „étant entendu que ...“ peut être omis, alors qu'il n'a pas de portée normative propre, mais uniquement une portée explicative.

*Article 308bis-17*

Pas d'observation.

*Article 308bis-18*

Le Conseil d'État se demande pour quelles raisons le texte sous examen vise les seuls associés, alors que l'article 308bis-16 ajoute une référence aux porteurs des autres titres conférant un droit de vote, d'autant plus que le commentaire met en parallèle les deux dispositions.

*Articles 308bis-19; 308bis-20; 308bis-21; 308bis-23; 308bis-24; 308bis-25 et 308bis-27*

Le Conseil d'État n'a pas d'observation sur les amendements apportés à ces articles en projet qui répondent, pour certains, à des suggestions qu'il avait faites dans son avis du 23 février 2010.

*IV. Amendements portant sur l'article III – Loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises*

Pas d'observation.

#### V. Amendement portant sur l'article IV

Le Conseil d'État, en plus de renvoyer aux observations qu'il avait faites concernant la disposition proposée dans son avis du 23 février 2010, suggère de faire référence à la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

#### VI. Amendement portant sur l'article V

Pas d'observation.

\*

### OBSERVATIONS D'ORDRE LÉGISTIQUE

Le Conseil d'État relève que, de manière générale, les amendements sont toujours à présenter par le biais d'une phrase annonciatrice qui est dans le cas présent à libeller comme suit:

„Le point ... est amendé comme suit: ...“

Le Conseil d'État a en effet constaté que bon nombre d'amendements sont introduits sans recourir à une phrase introductive, sinon en employant un libellé différent de celui énoncé ci-avant. L'effet en étant que cette manière de procéder rend malaisée la distinction entre les phrases introduisant les modifications du projet de loi et celles annonçant les amendements.

Le Conseil d'État souligne par ailleurs que lorsqu'il est fait référence dans le corps du dispositif à un paragraphe, que ce soit du même texte ou d'un autre texte légal, le mot paragraphe est à écrire en toutes lettres et les parenthèses entourant le numéro du paragraphe dont il s'agit sont à omettre.

D'un point de vue légistique „pour cent“ s'écrit en toutes lettres et l'emploi du sigle „%“ est dès lors à éviter.

#### II. Amendements portant sur l'article 1<sup>er</sup> – Le Titre IX (Des sociétés) du Code civil:

##### Point 2) Article 2

Il faudra adapter la phrase annonciatrice de la modification en écrivant:

„2) À l'article 2 est apportée la modification suivante ...“

##### Point 3) Article 11bis

Il convient de renvoyer aux différents points du paragraphe 1<sup>er</sup> en procédant, à titre d'exemple, comme suit: „paragraphe 1<sup>er</sup>, point 3), sous-point a), paragraphe 1<sup>er</sup>, point 5), sous-point c) ...“.

##### Point 4) Nouvel article 11quater

Il y a lieu d'écrire „L'émission ... est soumise aux dispositions légales ...“.

##### Point 5) Article 12ter

À l'amendement qui porte sur l'article 12ter, paragraphe 2, point 3), tel qu'il est proposé de modifier cet article de la loi du 10 août 1915, l'adjectif „simple“ de „société en commandite simple“ s'accorde au singulier.

##### Nouveau point 8bis) Article 22-1

Le nouveau point 8bis tend à modifier l'article 22-1 de la loi du 10 août 1915. La phrase introduisant cette modification est dès lors à libeller comme suit:

„8bis) L'article 22-1 est modifié comme suit: ...“ au lieu de, tel que proposé par les auteurs,  
„8bis) L'article 22-1 est amendé comme suit: ...“.

##### Point 10) Article 26-1

Le Conseil d'État se prononce contre l'ajout des termes „telle que modifiée“ à la référence à la directive. Un renvoi dans une loi à une directive, dans la mesure où il se justifie, s'opère au texte de la directive tel qu'il est en vigueur au moment où le texte légal est appliqué. Les références à des dispositions légales, nationales ou européennes, sont toujours dynamiques.

*Nouveau point 24) Article 45, paragraphe 2*

Le Conseil d'État note que la conjonction „à condition que“ est suivie du subjonctif.

*Point 33) Article 57*

Il y a lieu d'écrire „opposition d'intérêts“ c.-à-d. en mettant le terme „intérêt“ au pluriel.

*Point 34) Article 59*

À l'article 59, alinéa 3, il convient d'écrire „L'alinéa 2 est également ...“ au lieu de „le 2e alinéa est également ...“.

*Point 35) Article 60*

Conformément à l'observation faite concernant le point 34) ci-avant, il faut écrire „L'article 60, alinéa 5, est modifié comme suit: ...“.

*Point 40) Article 60bis-18*

À l'article 59, 60bis-18, alinéas 3 et 5, il y a lieu de se référer à „l'alinéa 1<sup>er</sup>“ au lieu de „l'alinéa 1“ ou encore „alinéa premier“.

À l'article 60-18, alinéa 4, il convient encore d'écrire „opposition d'intérêts“ en mettant le terme „intérêt“ au pluriel.

*Point 41) Article 63bis*

À l'alinéa 2, il y a lieu de faire abstraction du „1%“ à la suite des termes de „dix pour cent“.

*Nouveau point 59) Insertion d'une section IVbis (Articles 101-18 à 101-32)*

Concernant les articles 101-18 et 101-20, le texte des amendements fait défaut.

*Point 71) Article 142*

Il faut se référer à „l'alinéa 2“ et non pas au „2e alinéa“.

*Point 78bis) Article 166*

Il faudra supprimer en début de l'article 166 et en début du point 34) du même article, les références aux lois modificatives du 25 août 2006 et du 11 juillet 1988.

*Point 82) Article 182*

Le Conseil d'État constate que les auteurs emploient tantôt le terme „gérants“ tantôt celui de „gérance“. Dans un souci d'uniformité de la terminologie employée, le Conseil d'État suggère le remplacement du terme de „gérance“ par celui de „gérants“. Ce terme est en effet celui qui est consacré par la loi du 10 août 1915. Ce remplacement devra se faire à travers le texte du projet de loi tel qu'il est amendé.

*Point 88) Article 188*

À l'alinéa 2, il est proposé de supprimer le mot „ni“. Ne faudrait-il pas le maintenir, puis qu'à défaut la phrase ne fait pas de sens?

*Nouveau point 91) (Nouveau point 90 selon le Conseil d'État) Article 191bis*

Suite à la suppression des points 90) et 91), le point sous examen doit porter le numéro 90. Les points subséquents sont à renuméroter en diminuant les numéros y afférents d'une unité.

*Point 99) (Point 98 selon le Conseil d'État) Article 199*

À l'article 199, alinéa 3, le Conseil d'État propose d'écrire pour des raisons d'ordre rédactionnel „... à condition que les parts sociales ainsi émises le soient en faveur des associés ...“ au lieu de „... à condition que les parts sociales ainsi émises le soient à des associés ...“.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 23 février 2016.

*Le Secrétaire général,*  
Marc BESCH

*La Présidente,*  
Viviane ECKER

