

N° 5730⁴**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2009-2010

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 DU CONSEIL D'ETAT

(23.2.2010)

Par dépêche en date du 1er juin 2007, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte du projet étaient joints un exposé des motifs et un commentaire des articles.

L'avis de la Chambre de commerce a été transmis au Conseil d'Etat par dépêche du 20 février 2009.

*

CONSIDERATIONS GENERALES

D'après ses auteurs, le projet de loi a pour objectif essentiel d'achever une entreprise de modernisation du droit luxembourgeois des sociétés initiée par plusieurs lois depuis la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales, en passant par la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle, la loi du 23 mars 2007 modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et les lois sus-indiquées du 19 décembre 2002 et du 25 août 2006, par la loi du 23 mars 2007 portant modification des articles 271, 273bis et 276 de la loi modifiée du 15 août 1915 concernant les sociétés commerciales ainsi que par la loi du 10 juin 2009 relative entre autres aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux.

Toujours d'après les auteurs, cette entreprise a veillé à s'inscrire dans l'axe des deux principes directeurs qui a animé les auteurs du projet de loi qui a abouti à celle du 15 août 1915, à savoir la *liberté contractuelle* pour les associés et la *sécurité* pour les tiers.

Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu que cette entreprise ait réussi.

Il est vrai que la sécurité des tiers doit être renforcée par un certain nombre de mesures de contrôle, notamment celle des apports en nature. Le Conseil d'Etat n'est cependant pas persuadé que la copie de la loi belge concernant un contrôle plus strict des décisions des organes de gestion en cas de conflits d'intérêts entre un ou plusieurs de ses membres et la société augmente la sécurité, puisque, contrairement au droit belge, l'administrateur d'une société de droit luxembourgeois en situation de conflit avec les intérêts de la société n'est pas autorisé à participer à la délibération et, par conséquent, au vote de la décision qui le concerne. L'introduction de l'action minoritaire et un renforcement de la responsabilité des membres des organes de gestion font aussi l'objet de la réforme.

Le Conseil d'Etat reste sur sa faim quant aux explications de nombreuses modifications proposées et du choix des solutions. En effet, il a l'impression que cette „modernisation“ du droit des sociétés est sortie d'une étude comparative de la loi luxembourgeoise concernant les sociétés avec les lois belge

et française ayant le même objet. Les auteurs ont alors pris la décision de modifier ou de maintenir les dispositions correspondantes sans cependant en expliquer la nécessité ou l'utilité. En plus, ils ont opté soit pour la solution belge, soit pour la solution française soit même pour une combinaison, sans commenter autrement le choix opéré. Cette attitude rend très difficile la compréhension de certains textes et enlève surtout toute ligne directrice à la réforme. Le Conseil d'Etat aurait hautement apprécié si le commentaire des articles avait fourni les explications nécessaires à la compréhension de l'intention des auteurs, d'autant plus qu'un tel commentaire revêt une nécessité majeure pour l'application des textes, le contrôle des applications pratiques et la solution des litiges en cas de procédure judiciaire.

Les propositions qui s'appliquent tant à la société anonyme qu'à la société à responsabilité limitée, aux deux sortes de sociétés coopératives et à la nouvelle société par actions dite simplifiée auront pour conséquence que non seulement la société anonyme, qui par destination devra gérer des entreprises plus importantes avec des enjeux économiques majeurs, deviendra un véhicule très difficilement gérable, mais aussi les autres sociétés, et notamment la société à responsabilité limitée qui était jusqu'à présent une société du type de société de personnes, deviendra une société où cette caractéristique va se perdre par son assimilation à la société anonyme. Sa gestion devient d'ailleurs plus lourde et plus compliquée.

Il est évident que pour cette dernière société aussi la sécurité des tiers et la responsabilité des gérants doit être renforcée, car le passé a montré trop souvent des situations inévitables entre le sort réservé aux créanciers et celui du ou des gérants. Cependant, imposer des règles de fonctionnement presque aussi lourdes à la société à responsabilité limitée qu'à la société anonyme dépasse la mesure.

Le Conseil d'Etat constate aussi que la justification de l'intérêt de la société est continuellement éliminée par une non-contrariété à l'intérêt de la société. Il ne peut pas suivre les auteurs, car une non-contrariété constitue un renversement de la charge de la preuve rendant celle-ci sinon impossible, du moins très difficile face à un intérêt abstrait et non défini. Il s'agit ici d'une innovation introduite par les auteurs, car ni la législation belge ni la législation française ne connaissent une limitation des droits des actionnaires. Le Conseil d'Etat propose par conséquent de prévoir que de telles limitations devront être prouvées par l'intérêt de la société, afin d'éliminer tout abus.

Les auteurs innovent en proposant que les statuts peuvent prévoir l'exclusion d'un ou de plusieurs associés par le rachat de ses titres.

Si les statuts, les actes d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription prescrivent une limitation de la cessibilité et de la transmissibilité des actions de toute nature, des droits de souscription ou de tous autres titres donnant droit à l'acquisition d'actions, les souscripteurs de tels titres connaissent et acceptent dès le départ la possible précarité de leur propriété. Comme tant les statuts que les actes d'émission constituent des actes conventionnels, le Conseil d'Etat peut accepter la limitation de la propriété des titres acquis en connaissance de cause. Si cependant la précarité de la propriété est introduite en cours de la vie de la société par une modification des statuts adoptée à la majorité, même s'il s'agit d'une majorité qualifiée, le Conseil d'Etat y voit une possible expropriation qui, selon lui, ne peut être imposée par la majorité aux autres propriétaires de titres, notamment si une pareille cession forcée peut être justifiée par une non-contrariété à l'intérêt social.

La seule question qui, faute de jurisprudence, reste pour l'instant non résolue est l'inaliénabilité temporaire. Le Conseil d'Etat est d'avis que même si une telle clause devait être légale, le minimum de protection que devrait avoir le porteur du titre est celui d'organiser parallèlement la faculté d'un rachat obligatoire par les autres associés qui posséderaient un droit de préemption avec agrément du cessionnaire. En plus, il faudrait prévoir la preuve de l'intérêt social ou de l'intérêt sérieux et légitime.

La limitation de la cessibilité entre vifs et la transmissibilité des titres pour cause de mort peuvent être prévues par les statuts, les actes d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription et toutes autres conventions. Cet ajout de „toutes autres conventions“ signifie que cette limitation pourrait résulter de conventions non statutaires.

Le Conseil d'Etat a des difficultés pour suivre les auteurs, car outre la loi ce sont les statuts qui règlent le fonctionnement de la société et les droits et obligations des actionnaires. S'il peut encore être admis qu'une telle limitation soit inscrite lors de la souscription d'émissions d'obligations convertibles et de droits de souscription, il est difficilement concevable que de telles limitations soient imposées par d'autres conventions que les statuts, à moins que ces dernières ne concernent que les signataires de la convention.

La réglementation du démembrement des droits sociaux, la réglementation des apports en nature, les règles de fonctionnement des assemblées générales, la réglementation des différents types d'actions et de parts sociales, la possibilité du retrait de la société comme corollaire à la possibilité du rachat forcé des actions et de l'exclusion d'un ou plusieurs associés, la réglementation des transformations des sociétés, pour ne citer que celles-là, constituent des innovations et une sécurité renforcée des rapports entre organes des différentes formes de sociétés.

Le Conseil d'Etat a la très nette impression que le projet de loi et les amendements parlementaires sont surtout destinés à faciliter la gestion de sociétés à capital international et ayant un actionariat qui est très distant du siège de la société. Il est proposé de ce fait un certain nombre de facilités pour le conseil d'administration et les assemblées générales qui sont susceptibles d'empêcher la participation des administrateurs à la gestion de la société et les droits des actionnaires. Le Conseil d'Etat est conscient qu'une société financière doit être gérée des fois avec des prises de décision beaucoup plus rapides qu'une société à objet commercial ou industriel ou même une PME; prévoir pour cette raison dans la loi générale une gestion plus utile à un genre de société qu'aux autres lui semble léser l'intérêt général d'une loi organisant toutes les formes de sociétés. Il est d'avis que la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est plus adaptée aux sociétés purement luxembourgeoises, car elle règle les formes de sociétés utilisées surtout par les commerçants et industriels luxembourgeois de façon plus simple et plus adaptée à leurs besoins.

En ce qui concerne la présentation du texte, la loi du 23 novembre 1972 a introduit une numérotation commençant par le symbole „§“ en début des différents paragraphes modifiés par cette loi. Comme le législateur luxembourgeois n'a pas l'habitude d'utiliser ce symbole „§“ dans les articles d'une loi, le Conseil d'Etat propose de le supprimer dans tous les articles de la loi et notamment aux articles 3, 9, 11bis, 12quater, 12sexies ainsi qu'au point 85 du projet sous avis (amendement parlementaire).

Quant à la numérotation des hypothèses et conditions à l'intérieur des paragraphes, les auteurs proposent indistinctement tantôt d'utiliser le 1), 2) ..., tantôt le 1°, 2° ..., tantôt le a., b. ... et tantôt le a), b), ... Le Conseil d'Etat aurait aimé que dans une refonte complète d'une loi, la numérotation se suive à travers le corps entier de la loi.

*

Pour l'examen du texte qui suit, le Conseil d'Etat se base sur le texte coordonné du projet tel qu'il résulte des amendements parlementaires du 7 mai 2009. Il va de soi que la numérotation des points à l'intérieur du dispositif reste à être ajustée au moment de la finalisation du texte par le législateur.

*

EXAMEN DU TEXTE

Intitulé

Le premier amendement de la Chambre des députés concerne l'intitulé. Il est proposé de le compléter par un renvoi au Code civil et à 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.

Le Conseil d'Etat y marque son accord.

Article I (Modification du Code civil)

1) Article 1852bis

Le Conseil d'Etat ne peut suivre ni les auteurs ni la Chambre des députés, car il n'est nullement d'avis qu'en matière de droit de propriété de parts sociales, il appartient aux dispositions statutaires de déroger au droit commun.

Dans le commentaire de l'article, les auteurs renvoient d'ailleurs à l'incertitude qui règne notamment en France quant à la validité de telles clauses qu'une partie de la doctrine a qualifiées comme source de conflit entre les règles du droit civil et les règles du droit des sociétés.

L'exception des bouts de phrase „Sauf dispositions contraires des statuts“ et „Sous réserve des dispositions statutaires“ dans les deux premiers alinéas du projet gouvernemental est trop générale et pourrait mener à priver un propriétaire indivisaire de son droit qui lui est attribué par les règles du

Code civil. Le Conseil d'Etat propose de remettre ces alinéas sur le métier afin de préciser les limites admissibles aux éventuelles restrictions statutaires.

La Chambre des députés propose une modification des deux premiers alinéas de cet article en les fusionnant en un seul et en ajoutant deux précisions.

Elle propose l'ajout de l'adverbe „valablement“ afin de souligner que le démembrement du droit de propriété doit avoir été valablement fait. Le Conseil d'Etat estime que cet adjectif est superfétatoire, car un tel démembrement ne peut avoir un effet qu'à cette condition. Il en propose la suppression.

Il marque son accord avec l'ajout de la notification de ce démembrement à la société, afin d'éviter toute discussion quant à l'opposabilité d'un tel partage de l'opération.

Finalement et sous réserve de son observation quant à la validité de telles clauses, il marque son accord avec la rédaction de l'amendement qui rend les dispositions plus claires.

En ce qui concerne l'attribution du bénéfice distribuable, il serait utile d'en préciser le sort définitif. D'après l'article 587 du Code civil, l'usufruitier qui fait usage de l'argent en le consommant doit en rendre de pareille quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, à la fin de l'usufruit. D'après la jurisprudence, le bénéfice distribuable constitue un fruit et reste acquis à l'usufruitier (Cass. française, 5 oct. 1999: Bull. civ. IV, No 163; Rev. sociétés 2000, p. 286, note H. Nabasque).

2) Article 1853

Sans observation.

3) Article 1855

Le Conseil d'Etat est d'avis que tant le texte proposé par les auteurs que l'amendement parlementaire sont superfétatoires, car au cas où le nouvel alinéa 3 serait une exception aux deux alinéas précédents, cela devrait être dit expressément.

Tel n'étant pas le cas, il propose de supprimer le renvoi aux deux alinéas existants.

4) Article 1865bis

Ce texte règle le problème de l'automatisme de la dissolution d'une société par la réunion de toutes les parts sociales en une main en accordant un certain délai à l'associé unique, soit pour transformer la société en une société unipersonnelle, soit pour trouver un ou plusieurs nouveaux associés.

Un amendement parlementaire oblige le juge à prononcer la dissolution quand il statue sur le fond. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Le dernier alinéa impose clairement la confusion des patrimoines sans nécessité de passer par des opérations de liquidation. En ce cas, les créanciers peuvent saisir le juge en vue de la constitution de sûretés. Une telle constitution de garanties devra mettre les créanciers à l'abri du risque d'une compensation préjudiciable à leurs intérêts suite à une confusion de deux patrimoines.

Les auteurs proposent la saisine du juge commercial et un amendement parlementaire propose de saisir le juge compétent suivant qu'il s'agit d'une société civile ou d'une société commerciale.

Etant donné qu'au Luxembourg, la chambre commerciale n'est qu'une chambre spécialisée du tribunal d'arrondissement et que depuis l'introduction du Nouveau Code de procédure civile, les affaires commerciales peuvent aussi être introduites devant les chambres civiles, le Conseil d'Etat ne voit pas la pertinence d'ouvrir cette option obligatoire, ceci d'autant plus que le juge des référés peut statuer indistinctement en matière civile et en matière commerciale. Il propose par conséquent de donner compétence au président du tribunal d'arrondissement statuant comme en matière de référé pour les deux matières.

Article II (Modification de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales)

1) Article 1er

Le Conseil d'Etat marque son accord à adapter à la fin du troisième alinéa les termes „sociétés commerciales proprement dites“ et „associations commerciales“ en „sociétés commerciales momentanées“ et „sociétés commerciales en participation“ pour se mettre en conformité avec la modification proposée à l'endroit de l'article 138.

2) Article 2

Sans observation.

3) Article 3

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire ni quant aux amendements parlementaires ni quant au premier tiret du projet des auteurs.

Quant au deuxième tiret, il se demande si le texte n'est pas superfétatoire, car le texte du troisième tiret, qui n'appelle pas d'observation, vaut aussi pour le groupement d'intérêt économique. Il propose par conséquent la suppression du deuxième tiret.

2bis) Article 6

Quant au point numéroté 2bis) et concernant l'article 6, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement parlementaire.

3) Article 11bis

Quant au point numéroté 3) et concernant l'article 11bis, les propositions des auteurs et les amendements relatifs aux tirets 1 à 3 ne donnent pas lieu à observation, sauf que l'adjectif „coulé“ qui devra remplacer l'adjectif „passée“ devra prendre aussi la forme du féminin.

Les indications à fournir pour le paragraphe 1er, points 3) c) et 5) c) sont la suite logique de l'introduction de l'indication obligatoire du représentant de la société par la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle.

Quant au dernier tiret, le Conseil d'Etat propose d'ajouter que toutes les publications au Mémorial, Recueil des sociétés et associations doivent comporter, outre les indications mentionnées, le numéro d'immatriculation au Registre de commerce et des sociétés.

Il n'a pas d'observation à faire quant aux amendements, sauf qu'il aurait préféré que la commission parlementaire commente ceux-ci pour lui permettre d'en saisir plus facilement le sens.

4) Article 11ter

Un amendement parlementaire modifie dans son entièreté l'article 11ter pour le rendre plus clair.

Dans la première phrase du deuxième alinéa, la virgule entre „droits de souscription“ et „attachés“ est à supprimer, car ces précisions se rattachent aux seuls „droits de souscription“.

Au troisième alinéa, le début de la deuxième phrase semble imprécis au Conseil d'Etat qui préférerait remplacer „Elles“ par „Ces dernières dispositions“.

Le troisième alinéa rend applicable à toute émission d'obligations les articles 79 à 98, à l'exception de l'article 94-2, alinéa 1er, 7), avec la précision que les statuts ou le contrat d'émission peuvent exclure cette application. Comme ces articles assurent cependant la représentation et les droits des porteurs d'obligations, le Conseil d'Etat s'interroge sur la sécurité de leurs créances si une société exclut l'applicabilité de ces dispositions sans organiser autrement leur représentation ou sans définir autrement leurs droits.

Le Conseil d'Etat est par conséquent d'avis que l'application de ces dispositions est obligatoire, car autrement la sécurité n'est pas non plus assurée au sein de tels types de société.

4bis) Article 12

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement parlementaire.

5) Article 12ter

Le Conseil d'Etat marque son accord alors que notamment les points 1, 3 et 4 du nouveau paragraphe 2 précisent les conséquences du non-respect de ces prescriptions légales.

En ce qui concerne plus précisément le point 1 du deuxième paragraphe, le Conseil d'Etat fait remarquer que les statuts constituent le contrat social qui lie les associés et, comme dans tout contrat, l'objet illicite ou la violation de l'ordre public constituent des causes de nullité. Il ne voit par conséquent pas la nécessité de ces indications. Il propose la suppression du point 1.

Un amendement parlementaire propose de faire du point 4 un nouvel alinéa. Afin d'assurer le parallélisme avec les dispositions des articles 14bis et 16bis ci-après, le Conseil d'Etat marque son accord.

La commission parlementaire propose encore d'insérer les cas de nullité des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple (art. 14*bis* et 16*bis*) sous cet article, ce qui semble logique au Conseil d'Etat. Il marque son accord, sous réserve de ses développements relatifs au point 1 ci-avant.

6) *Article 12quater*

Le Conseil d'Etat marque son accord avec les précisions apportées quant à la nullité des sociétés y visées tant par les auteurs que par l'amendement parlementaire.

7) *Article 12septies*

Le paragraphe 1er règle les cas des nullités des décisions prises en assemblée générale. Les points 1° à 4° indiquent des hypothèses bien précises alors que le point 5° renvoie à toute autre cause de la présente loi.

Le Conseil d'Etat fait remarquer que les quatre premiers points énumèrent des hypothèses qui même sans ces textes donneraient lieu à annulation. Dans ces conditions, ils sont superfétatoires et donc à supprimer.

Les auteurs précisent dans leur commentaire relatif audit paragraphe que leur intention est d'adopter une réglementation limitant les causes de nullité des décisions d'assemblées. Le Conseil d'Etat est d'avis qu'une formulation telle que celle du point 5° est contraire à cette intention. Il propose de circonscrire les autres causes visées par les auteurs, par exemple par rapport à leurs effets.

Un amendement parlementaire propose d'introduire la nécessité d'une décision judiciaire pour prononcer une nullité. Le Conseil d'Etat n'a pas d'objection à formuler, sauf qu'il propose de faire de cette disposition un paragraphe séparé.

Les paragraphes 2 et 3 règlent la procédure. La commission parlementaire soulève à juste titre la question des conditions de compétence du juge des référés, alors que les auteurs, en recopiant la loi belge, introduisent la condition du motif grave, tandis que les articles 932 et 933 du Nouveau Code de procédure civile prescrivent l'urgence, le dommage imminent et le trouble manifestement illicite. Comme la jurisprudence en matière de référé a jusqu'à présent toujours trouvé sa compétence pour prescrire les mesures urgentes que demandait la situation, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il y a lieu de supprimer le premier bout de la 2e phrase du paragraphe 3 qui se lirait comme suit: „Le demandeur en nullité peut solliciter en référé ...“. De cette façon, le droit commun restera applicable.

Les dispositions du paragraphe 4 sont contraires à la dernière disposition du paragraphe précédent. En effet, si l'ordonnance de suspension et le jugement prononçant la nullité produisent leurs effets à l'égard de tous, il paraît étrange que la bonne foi d'un tiers puisse y faire exception et qu'un tribunal puisse valider la décision nulle *erga omnes* à son égard et, qui plus est, sous réserve du droit du demandeur à des dommages-intérêts. Le Conseil d'Etat est d'avis qu'une pareille situation doit être réglée par une indemnisation du tiers de bonne foi, à moins que la société ne ratifie sa décision nulle conformément à la loi et aux statuts.

7*bis*) *Article 13*

Sans observation.

7*ter*) *Articles 14 et 15*

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement parlementaire.

8) *Articles 18, 20 et 24*

La commission parlementaire propose la suppression de l'article 18, celle du dernier bout de phrase de l'article 20, alinéa 2 ainsi que celle de l'article 24, ce qui constitue la conséquence logique de la suppression de la raison sociale.

Le Conseil d'Etat y marque son accord.

9) *Article 26*

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant au changement de terminologie pour les apports en nature.

Un amendement parlementaire propose la fixation du capital minimum de la société anonyme au montant rond de 30.000 euros ainsi qu'une précision du renvoi à l'article 26-1. Le Conseil d'Etat marque son accord.

10) *Article 26-1*

Sans observation.

Le Conseil d'Etat signale encore que la loi du 10 juin 2009 relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital a introduit deux nouveaux paragraphes *3bis* et *3quater* en reprenant l'ancienne expression „apport autre qu'en numéraire“ qui sera modifiée par ce point. Le Conseil d'Etat propose par conséquent de revoir les textes de cette loi et de les adapter afin de les rendre homogènes.

11) *Article 26-3*

Les auteurs du projet de loi proposent de réécrire le texte de l'article 26-3 notamment pour le faire correspondre au texte de l'article 443 du Code belge des sociétés. Ce texte comprend la définition de l'apport en nature dont question déjà à l'article 26.

Le Conseil d'Etat estime qu'il serait plus logique de définir l'apport en nature dans le texte de cet article 26 qui emploie cette notion pour la première fois.

12) *Article 26-5*

Un amendement parlementaire propose une nouvelle rédaction de cet article. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Quant à l'utilité de la réserve du nouveau paragraphe 6 de l'article 32, le Conseil d'Etat y reviendra lors de l'examen de ce nouveau paragraphe.

13) *Article 27*

Sans observation quant au changement de terminologie dans le paragraphe 9 de l'article 27.

14) *Article 29*

Le Conseil d'Etat marque son accord avec l'adaptation du texte. Il propose de supprimer la mention des paragraphes 3, 5 et 6 abrogés antérieurement et de donner à l'actuel paragraphe 4 le numéro 3.

15) *Article 31*

Sans observation.

16) *Article 31-1*

Le Conseil d'Etat marque son accord en ce qui concerne la proposition des auteurs de fixer les règles de la transformation de tous les types de sociétés dans une section spéciale.

Dans cette optique, il est illogique de maintenir l'article 31-2 qui traite de la transformation de la société européenne en société anonyme.

Le texte de cet article est à renvoyer dans la nouvelle section *XVquater*.

Au paragraphe 3, le mot „indépendants“ est à supprimer, comme proposé à d'autres endroits par les auteurs.

16bis) *Article 32*

Un amendement parlementaire propose de limiter le droit d'émission d'obligations convertibles ou d'autres instruments donnant accès au capital par le conseil d'administration à la durée de cinq ans, tandis que les opérations de conversion ou de souscription attachées à ces instruments peuvent avoir lieu en dehors de cette période. Ceci est justifié du fait que le montant des émissions diminuera à due concurrence le capital autorisé disponible, de façon que le conseil d'administration ne puisse pas dépasser le montant total autorisé par l'assemblée générale.

Le Conseil d'Etat y marque son accord.

17) *Article 32*

Les dispositions actuelles de l'article 26-5 interdisent à la société d'émettre des actions pour un montant inférieur à leur valeur nominale, sauf l'exception de l'article sous revue.

Les auteurs du projet veulent inscrire la technique de l'émission d'actions sous le pair comptable des anciennes actions dans la loi. Ils justifient cette innovation simplement par le renvoi à une disposition analogue en droit belge.

Même si les milieux concernés souhaitent l'introduction de cette innovation en droit luxembourgeois, le Conseil d'Etat aurait préféré que les auteurs développent la plus-value de cette technique en général et pour le Luxembourg en particulier.

La modification de l'article 37 ci-après introduit des actions, avec ou sans mention de valeur. Cette nouvelle disposition proposée par cet article pour une augmentation de capital devient ainsi également possible pour la composition du capital lors de la constitution d'une société.

Un amendement parlementaire propose la suppression de l'alinéa 3 initial du projet relatif à la publicité des rapports du conseil d'administration et du réviseur d'entreprises. Ceci constitue malgré tout une garantie pour les actionnaires et le Conseil d'Etat propose dès lors son maintien. Il est cependant d'accord à voir supprimer la publication du rapport au Registre de commerce et des sociétés pour des raisons de discrétion à l'égard des tiers.

Il n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement proposé relatif au dernier alinéa.

18) *Article 32-1*

Sans observation.

19) *Article 32-Ibis*

Les auteurs veulent réglementer la propriété des actions nouvelles émises par incorporation des réserves pour les usufruitiers et nus-proprétaires de titres. Ils proposent d'attribuer ces nouveaux titres au nu-proprétaire, sous réserve des droits de l'usufruitier.

Le Conseil d'Etat marque son accord avec l'attribution des nouveaux titres au nu-proprétaire; il comprend les termes „sous réserve de ...“ comme une attribution de l'usufruit de ces titres à l'usufruitier.

Un amendement parlementaire propose que les statuts puissent déroger à cette règle. Le Conseil d'Etat est cependant d'avis que celle-ci relève du droit de propriété qui concerne les seuls usufruitiers et nus-proprétaires. Il marque son désaccord avec cet amendement. Il renvoie en outre à ses observations sub Article I 1) ci-avant qui sont censées être reprises quant à cette réserve.

20) *Article 32-3*

Un amendement parlementaire réduit le délai minimum d'exercice du droit de souscription de 30 à 14 jours et ceci en conformité avec l'article 29.3 de la directive 77/91/CEE. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Le texte du paragraphe 8 introduit à côté du droit de préférence un droit de priorité et il attribue à l'assemblée générale le droit de l'accorder et de l'organiser en cas de limitation ou de suppression du droit de préférence.

Le Conseil d'Etat aurait préféré que les auteurs expliquent le mécanisme de ce droit et son utilité au Luxembourg.

Il est d'avis qu'une réglementation supplétive de l'organisation et de l'exercice de ce droit serait d'une utilité certaine.

Quant au paragraphe 9, le Conseil d'Etat estime qu'il appartient aux propriétaires indivisaires de régler eux-mêmes leurs droits respectifs. Il ne s'oppose cependant pas à cette réglementation supplétive.

Quant à la légalité de la réglementation proposée, le Conseil d'Etat renvoie aux développements *sub* Article I.

La dernière phrase de l'avant-dernier alinéa pourrait être écrite de façon plus expressive en soulignant son caractère supplétif:

„Les parties (propriétaires de titres) peuvent déroger à ces règles.“

Un amendement parlementaire propose d'ajouter *in fine* un renvoi aux dispositions statutaires qui pourraient déroger à cette règle supplétive et s'imposer même aux propriétaires indivisaires. Le Conseil d'Etat s'oppose à cet amendement pour les raisons expliquées ci-avant.

21) *Article 32-4*

Sans observation.

22) *Article 37*

La modification proposée à l'alinéa 1 du paragraphe 1er généralise les dispositions des lois relatives à la SICAR, aux OPC et aux fonds d'investissement spécialisés en autorisant la création de plusieurs catégories d'actionnaires suivant la valeur des actions souscrites.

L'alinéa 2 précise la terminologie en qualifiant tous les titres non représentatifs de capital comme parts bénéficiaires.

Un amendement parlementaire reformule cet alinéa. Le Conseil d'Etat marque sa nette préférence pour le texte des auteurs du projet, car celui de la commission parlementaire pourrait faire croire qu'il existerait aussi des parts bénéficiaires représentatives du capital social.

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la suppression de l'actuel alinéa 3 pour les raisons expliquées par les auteurs puisque le nouveau texte précise clairement que les parts bénéficiaires constituent des parts non représentatives du capital social.

L'ajout à l'alinéa 4 accorde certains droits et garanties aux porteurs de coupures d'actions.

Le paragraphe 2 introduit dans la loi la faculté de limiter la cessibilité des actions de toute nature, des droits de souscription ou de tous autres titres donnant droit à l'acquisition d'actions par une disposition des statuts, des actes d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription et toutes autres conventions.

Ils y ajoutent l'inaliénabilité des mêmes titres. Cette inaliénabilité doit être limitée dans le temps et justifiée par une non-contrariété à l'intérêt social. Le Conseil d'Etat renvoie quant à cette limitation à ses développements y relatifs dans les considérations générales du présent avis.

En adoptant le motif de non-contrariété à l'intérêt social, contrairement à la justification de la loi belge qui porte sur l'intérêt social et à la loi française qui, par application de l'article 900-1 du Code civil, vise un intérêt sérieux et légitime, les auteurs contournent la difficulté de devoir prouver l'intérêt de priver un porteur de titre d'un droit qui lui revient soit par héritage soit autrement. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette pirouette qui ôte au porteur de titre toute possibilité sérieuse de contester de telles limitations à l'exercice du droit de propriété.

Les auteurs protègent par conséquent la société commerciale par rapport aux propriétaires des titres et ceci même à leur détriment.

Un amendement parlementaire propose la suppression de la justification de l'inaliénabilité. Au vu des explications de la commission parlementaire, le Conseil d'Etat y marque son accord.

L'alinéa 5 prévoit la façon de déterminer le prix de cession des actions. Le Conseil d'Etat se demande si les auteurs veulent régler ainsi seulement le prix de cession des actions ou également celui des autres titres qui tombent sous les limitations prévues. En toute hypothèse, le Conseil d'Etat propose l'application de ces règles à tous les titres limités dans leur cessibilité et dans leur transmissibilité.

Le dernier alinéa prescrit la nullité de toute cession effectuée en violation des clauses statutaires. A l'analyse du texte, le Conseil d'Etat note que cette nullité ne s'applique qu'aux seules cessions à l'exclusion des transmissions dans le cadre de la liquidation d'un régime matrimonial ou pour cause de mort. Il observe ensuite que seules les cessions en violation des clauses statutaires sont visées à l'exclusion des limitations prévues par les actes d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription et de toutes autres conventions. Si telle est l'intention des auteurs, le Conseil d'Etat peut, tout en tenant compte des observations qui précèdent, marquer son accord avec le texte de cet alinéa.

Finalement, il se pose la question quelles autres conventions pourraient limiter la cessibilité et la transmissibilité des actions, des droits de souscription ou de tous autres titres donnant droit à l'acquisition d'actions. Les statuts font la loi entre actionnaires, tout comme les actes d'émission fixent notamment les règles de cession des titres émis. Ces documents sont publics et les actionnaires et porteurs de titres les connaissent au moment où ils souscrivent. Le Conseil d'Etat ne peut pas marquer son accord à ce que de simples conventions introduisent des limitations, alors qu'elles ne lient que les

parties contractantes. Dans ce cas, elles relèvent du droit général des obligations et il n'y a pas d'utilité d'inscrire ces règles dans la loi concernant les sociétés.

Quant au paragraphe 3, le Conseil d'Etat doute que la loi puisse permettre aux statuts de prescrire l'incessibilité pure et simple et l'intransmissibilité des parts bénéficiaires en toutes circonstances et notamment dans le cadre de la liquidation de régimes matrimoniaux ou de successions. Il ne peut marquer son accord avec de telles restrictions, sauf à prévoir une clause de rachat obligatoire ou de limiter celles-ci à une clause de préemption ou d'agrément, limitées dans le temps afin que les porteurs de titres ne deviennent pas les prisonniers de la société.

Le Conseil d'Etat est d'avis que ce texte est trop général. Du point de vue contractuel, il lie à vie et même au-delà, et du point de vue propriété, il prévoit la possibilité d'annulation du droit de propriété. Le Conseil d'Etat propose le maintien du texte actuel, sous peine d'opposition formelle, car la nouvelle disposition est contraire au principe que personne ne pourra se lier contractuellement à vie.

23) Article 38

Le Conseil d'Etat salue la proposition d'accorder aux propriétaires indivisaires, dont l'exercice des droits sociétaires est suspendu, le même droit à l'information qu'aux autres associés. Il se demande cependant si la formulation de l'article est correcte, car l'information prévue à l'article 73 n'a rien à voir avec le droit de vote. Il préférerait qu'une phrase soit ajoutée à la disposition actuelle qui pourrait se lire de la façon suivante:

„Les propriétaires indivisaires ont cependant droit à l'information prévue à l'article 73.“

23bis) Article 43

Le Conseil d'Etat n'est pas d'accord avec la suppression du premier alinéa de l'article 43. Il ne voit pas l'utilité de supprimer l'interdiction de céder des actions d'une société qui n'est pas encore constituée, voire pour lesquelles le versement minimal n'a pas encore eu lieu. Si pour les émissions publiques une surveillance est assurée, tel n'est pas le cas pour les autres émissions. La non-validité actuelle de telles ventes constitue une protection contre la spéculation et est préventive du risque d'escroquerie.

23ter) Article 45

Un amendement parlementaire propose de fixer le même délai tant pour la conversion d'actions ordinaires en actions privilégiées que pour l'exercice du droit de souscription dans le cadre d'une augmentation de capital. Comme ces deux opérations sont comparables, la fixation d'un même délai découle de la logique. Le Conseil d'Etat marque son accord.

24) Article 46

L'explication des auteurs semble logique au Conseil d'Etat et il marque son accord avec la précision ajoutée au texte du sixième tiret de l'article 46.

Un amendement parlementaire propose l'ajout d'une possibilité de restriction statutaire à l'exercice de ce droit de vote.

Le Conseil d'Etat propose la suppression de cet amendement pour être superfétatoire, outre le fait qu'il eût fallu écrire:

„- le début du paragraphe (1) de l'article 46 est modifié comme suit:“.

25) Article 49-1

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la précision apportée au paragraphe 3 de l'article 49-1. Il se demande cependant si le renvoi à l'article 29 numéro 2) ne devrait pas se lire „article 29, paragraphe 2“.

Le Conseil d'Etat se demande encore si la précision proposée en ce qui concerne la responsabilité solidaire n'est pas superfétatoire puisque la règle de la solidarité des fondateurs découle de l'article 31.

26) Article 49-2

En ce qui concerne le nouveau texte de l'alinéa 1er du paragraphe 3 de l'article 49-2, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

26bis) Article 49-3

Un amendement parlementaire propose la reformulation de cet article.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

27) Article 49-5

Le point a) du premier paragraphe de l'article 49-5 dispose que „Parmi les droits attachés aux actions, le droit de vote des actions propres est suspendu“. Le Conseil d'Etat ne voit par conséquent pas pourquoi cette disposition serait modifiée par l'adoption du texte belge. Il en propose la suppression.

Il marque cependant son accord avec les précisions apportées aux droits des actions propres rachetées par la société. Il est en effet normal que, comme corollaire de la suspension du droit de vote, ces actions ne peuvent entrer dans le calcul du quorum et de la majorité dans les assemblées générales. Par conséquent, ces actions ne bénéficient pas du paiement de dividende.

Le Conseil d'Etat ne voit cependant pas l'utilité de suspendre seulement le paiement des dividendes et il propose de ne retenir que la solution de répartir le bénéfice distribuable entre les actions détenues par des actionnaires. Il demande par conséquent de supprimer les 3e et 4e phrases du point a) et de rédiger la 5e phrase de la façon suivante:

„La société maintient au même montant le bénéfice distribuable et le répartit entre les actions détenues par les associés. Les coupons des actions détenues par la société sont détruits.“

Un amendement parlementaire propose la suppression de l'indication des parts de fondateurs au dernier alinéa ainsi que l'ajout de la précision du sort à réserver aux dividendes des parts bénéficiaires y ayant droit. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation y relative.

28) Article 49-6

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant au texte tel qu'amendé par la commission parlementaire.

29) Article 49bis

Le Conseil d'Etat marque son accord à voir supprimer la condition de la constitution d'une réserve indisponible du montant des actions d'une société anonyme détenues par une autre société au sens de l'article 1er de la directive 68/151/CEE dans laquelle la société anonyme dispose directement ou indirectement de la majorité des droits de vote ou sur laquelle elle peut exercer directement ou indirectement une influence dominante.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement purement rédactionnel de la proposition de texte.

30) Article 49-7

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

31) Article 51

Le Conseil d'Etat a des difficultés pour saisir la nuance que les auteurs veulent introduire par l'ajout des mots „par tous les moyens“. Il n'en voit pas l'utilité et en recommande la suppression.

Il n'a pas d'observation à faire quant à la division du premier alinéa actuel en deux alinéas ni quant au texte proposé pour l'alinéa 3.

Un amendement parlementaire propose d'ajouter dans la deuxième phrase de l'alinéa 1er, qui devient l'alinéa 2, la possibilité qu'une société unipersonnelle puisse avoir un ou deux administrateurs, le texte actuel n'en prévoyant qu'un seul.

Le Conseil d'Etat ne voit pas la plus-value de l'ajout de l'amendement. Il en propose la suppression.

Quant au texte du nouvel alinéa 3, le Conseil d'Etat tient à souligner que le blocage d'un conseil d'administration bicéphale est exclu en vertu des dispositions combinées des articles 64, paragraphe 2 et 64bis, paragraphe 2 qui prévoient tant l'élection d'un président du conseil d'administration que sa voix prépondérante en cas de partage des voix. Le risque n'est donc pas le blocage décisionnel, mais plutôt la position dominante du président.

32) *Article 51bis*

L'indication du membre du comité de direction n'est que la suite logique de l'introduction de ce nouvel organe de direction des sociétés. Le Conseil d'Etat marque son accord, sous réserve de ses développements *sub* point 36.

32bis) *Article 54*

Le Conseil d'Etat n'est pas d'accord avec le texte proposé initialement par les auteurs du projet à l'endroit de l'article 53 visant à supprimer la liberté statutaire d'étendre les actes où les actionnaires devront être consultés. Si les auteurs soulignent déjà la grande liberté en matière de droit des sociétés, le pouvoir des différents organes de la société en est la meilleure expression. Interdire aux statuts de régler les pouvoirs des organes constitue une incursion massive dans la liberté d'organisation de la société.

Le Conseil d'Etat est confirmé dans sa position par l'amendement parlementaire prévoyant un nouvel article 54, qu'il soutient.

33) *Article 57*

Le Conseil d'Etat est d'avis que le premier alinéa du texte actuel de l'article 57 est suffisamment protecteur des intérêts de la société.

L'administrateur qui a un intérêt opposé à celui de la société doit prévenir le conseil et faire acter sa déclaration au procès-verbal.

Ensuite, il ne peut pas participer à la délibération et *a fortiori* à la décision.

Finalement, il en est spécialement rendu compte à la première assemblée générale.

De par l'interdiction dans le chef d'un tel administrateur de participer tant à la délibération qu'au vote de la décision en question, toute opposition d'intérêts est exclue et le Conseil d'Etat ne voit pas l'utilité du texte proposé qui ne fait d'ailleurs qu'alourdir inutilement la procédure. Il en demande la suppression.

La commission parlementaire a proposé de supprimer la dernière phrase du premier alinéa ainsi que les deux alinéas suivants du projet. Comme le Conseil d'Etat propose la suppression de la proposition des auteurs du texte gouvernemental, il n'a pas d'observation à faire.

La commission a encore proposé un amendement pour le cas où il y a deux associés.

Sous réserve de ses développements ci-avant, le Conseil d'Etat ne s'opposerait pas au texte proposé par la commission parlementaire.

34) *Article 59*

Le Conseil d'Etat réserve son accord quant à l'ajout des membres du comité de direction dans le premier alinéa de l'article 59. Il développera sous le point 36 son attitude quant à l'introduction d'un tel comité de direction dans la loi.

Comme les administrateurs sont des mandataires, leur responsabilité découle des dispositions actuelles de l'article 59, ce qui semble suffisant au Conseil d'Etat. Comme l'obligation de tenir une comptabilité régulière est de la responsabilité de chaque commerçant et de chaque société commerciale, il lui semble évident que la violation de cette règle constitue une faute qui peut entraîner la responsabilité de celui ou de ceux qui sont chargés de la gestion de l'entreprise. Il ne voit par conséquent pas l'utilité de réformer cet article par un tel rappel.

Le Conseil d'Etat renvoie à l'avis de l'Institut des réviseurs d'entreprises (reproduit au doc. parl. No 5730¹) qui précise que 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 ne définit pas de normes comptables, mais elle reprend un certain nombre de dispositions comptables applicables à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises. Le Conseil d'Etat propose d'omettre la référence à cette loi.

La commission parlementaire propose quelques modifications textuelles.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire à cet égard.

35) *Article 60*

Comme le ou les délégués à la gestion journalière peuvent être des personnes qui ne sont pas membres du conseil d'administration, il importe de préciser que tous les délégués sont soumis, quant à un

éventuel conflit d'intérêts, aux mêmes conditions que les membres du conseil d'administration. Il se pose cependant la question de la responsabilité des délégués non membres du conseil d'administration. Comme la frontière entre les actes posés dans l'une ou l'autre qualité n'est pas toujours aisée à tracer et comme les règles de responsabilité peuvent varier, la question concernant le mandataire reste à être résolue.

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

Les auteurs du projet de loi proposent d'introduire dans la loi la possibilité d'une subdélégation d'une partie de la gestion courante à un comité de direction. Ce sont alors les statuts qui organisent la désignation des membres, leur révocation, leur rémunération, la durée de leur mission et le mode de fonctionnement.

Les membres du comité de direction ne doivent pas faire partie du conseil d'administration.

Les auteurs innove en ce qu'ils prévoient la faculté d'introduire par les statuts la délégation des pouvoirs de gestion du conseil d'administration à un comité de direction, qui exerce ses pouvoirs de manière exclusive. Il est précisé que le conseil d'administration est chargé de surveiller celui-ci. Ainsi, l'organe qui nomme en principe les membres du comité de direction et qui les surveille perd toute possibilité d'ingérence et se trouve partant dans l'impossibilité d'agir en cas d'opposition à une décision.

Le Conseil d'Etat se pose la question du statut de ce comité de direction. Devient-il un nouvel organe de la société, comme semblent l'indiquer les attributions qui lui sont déléguées de manière exclusive? Les membres du comité de direction tirent-ils leur pouvoir directement des statuts, car un simple mandat est toujours révocable et n'empêche pas le mandant d'agir en concurrence avec le mandataire? Les commentaires des auteurs sont de nouveau plus que laconiques. Ils se réfèrent simplement au droit belge et ajoutent l'exercice de manière exclusive des pouvoirs délégués pour „éviter la controverse existant en droit belge sur la question de savoir si le comité de direction exerce ses pouvoirs de façon exclusive ou concurremment avec le conseil d'administration“. Le fait que ce pouvoir exclusif peut avoir des répercussions sur le statut tant du comité que de ses membres ne semble pas inquiéter les auteurs du projet.

Le Conseil d'Etat s'interroge encore sur la place de ce ou de ces comités de direction par rapport au conseil d'administration et à l'administrateur délégué. Dans l'hypothèse d'une délégation de pouvoir à un administrateur délégué, la société serait dirigée en fait par trois autorités prévues par les statuts, sans que les auteurs expliquent la position des unes par rapport aux autres.

Les auteurs précisent que le comité de direction se compose de plusieurs personnes, qu'elles soient administrateurs ou non. Quel sera le statut des membres, qui ne sont pas administrateurs? Resteront-ils des salariés? Ce dernier statut aura évidemment une influence directe sur leur responsabilité tant envers la société qu'à l'égard des tiers. Quelle sera la responsabilité du membre du comité de direction, qui est aussi administrateur?

Dans cet enchevêtrement d'autorités, qui ont toutes pouvoir pour obliger la société dont certaines situations même de manière exclusive, comment un tiers pourra-t-il savoir si le représentant de la société avec lequel il négocie et signe peut engager valablement la société? La création de ce nouvel „organe“(?) provoque plus de questions qu'elle n'en résout. Le Conseil d'Etat n'en voit pas l'utilité.

Le texte proposé est très laconique quant aux pouvoirs que le conseil d'administration peut déléguer au comité de direction, car il exclut uniquement la politique générale de la société et les actes réservés expressément au conseil par la loi.

Le Conseil d'Etat ne voit par conséquent pas l'utilité de légiférer en la matière, car il est d'avis qu'un organe supplémentaire ne fait que diluer la responsabilité des dirigeants de la société élus par les actionnaires. Le droit des sociétés a toujours admis la délégation de certains pouvoirs de gestion sans que les statuts dussent créer des organes supplémentaires. Déléguer des pouvoirs de façon exclusive constitue un affaiblissement du conseil d'administration qui semble difficilement compatible avec sa responsabilité envers l'assemblée générale des actionnaires.

Le Conseil d'Etat propose de supprimer tant l'article 60-1 que l'article 60-2. Il renvoie au début des observations quant à l'article 59.

Les modifications au texte initial proposées par la commission parlementaire ne sont pas de nature à apaiser le Conseil d'Etat.

37) *Article 60bis*

La commission parlementaire propose une précision quant aux membres du comité de direction. Compte tenu de ce qui a été dit ci-avant, le Conseil d'Etat propose de s'en tenir au texte existant.

38) *Article 60bis-4*

Le Conseil d'Etat marque son accord.

38bis) *Article 60bis-7*

Contrairement à la commission parlementaire, le Conseil d'Etat propose le maintien des mots „ou les statuts“ et du mot „réservent“ pour les raisons évoquées sous le point 32bis ci-avant.

39) *Article 60bis-8*

Le Conseil d'Etat propose la suppression de ce texte pour les raisons exposées sous le point 35 ci-avant.

39bis) *Article 60bis-10*

Sous le point 34 ci-avant, le Conseil d'Etat a proposé la suppression de la référence à 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.

Il n'a pas d'observation à faire quant à la modification des mots „dommages-intérêts“ et „statuts sociaux“.

39ter) *Article 60bis-16*

Le Conseil d'Etat propose la suppression de la référence à la loi susmentionnée du 19 décembre 2002 pour les raisons exposées sous le point 34 ci-avant.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à la modification rédactionnelle proposée.

40) *Article 60bis-18*

Le Conseil d'Etat propose la suppression de ce texte pour les raisons exposées sous le point 33 ci-avant.

La commission parlementaire propose la suppression de certaines dispositions et la réintroduction de l'actuel alinéa 3.

Comme il s'agit d'adapter cet article à l'article 57 (point 33 ci-avant) concernant le conseil d'administration, le Conseil d'Etat, sous réserve de ses développements concernant l'article 57, n'a pas d'observation à faire. Si le texte devait néanmoins être maintenu, le Conseil d'Etat ne s'y opposerait pas.

41)

Article 63bis

Les auteurs du projet de loi ont proposé d'introduire une action minoritaire permettant aux actionnaires et titulaires de parts bénéficiaires d'agir pour compte de la société contre les membres du conseil d'administration ou du directoire ou du conseil de surveillance.

Les auteurs du projet ne précisent pas les cas pour lesquels une telle action peut être introduite. Il doit s'agir, d'après le Conseil d'Etat, d'actions en annulation de décisions prises tant par les organes dirigeants de la société que par l'assemblée générale elle-même. La cause devra être soit la violation de la loi ou des statuts ou un abus de majorité consistant notamment en une décision contraire à l'intérêt de la société. Sont visés en principe les articles 59, alinéa 1, 60bis-10, alinéa 1, 60bis-16, alinéa 1 et 62, alinéa 3. Le Conseil d'Etat n'est cependant pas favorable à une énumération des articles donnant ouverture à une telle action, car il est d'avis que seuls l'intérêt de la société et les droits des parties devront être pris en considération.

Le Conseil d'Etat salue l'organisation d'une action minoritaire par la loi, qui devient d'autant plus importante que les auteurs proposent de consacrer la légalité des conventions entre actionnaires quant à l'exercice du droit de vote (voir ci-après sous le point 44).

Afin d'éviter qu'une minorité infime puisse mettre en cause les décisions, les auteurs du projet de loi proposent un seuil qui est de un pour cent des voix attachées aux titres des actionnaires et des porteurs de parts bénéficiaires lesquels avaient droit de vote à l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge des membres du conseil d'administration ou du directoire ou du conseil de surveillance, selon le cas. Dans leur commentaire, les auteurs précisent qu'il y a lieu de prendre en considération l'ensemble des voix délibératives et non de procéder par catégorie de titres.

D'un point de vue rédactionnel, le Conseil d'Etat propose d'écrire „un pour cent“ en toutes lettres.

Les auteurs ne fixent pas de délai pour l'introduction d'une telle action minoritaire. Il est d'un côté difficilement concevable qu'une telle action puisse être introduite après une nouvelle assemblée générale, car les décisions ont dû respecter les résolutions de l'assemblée précédente et les comptes sociaux devront évidemment avoir pris comme base de départ les comptes acceptés par la majorité des actionnaires. En plus, il y a évidemment les délais de prescription qui courent tant que l'action minoritaire n'a pas été introduite.

Les auteurs n'envisagent pas l'action d'un ou de plusieurs actionnaires possédant une part déterminée du capital, telle qu'elle existe en droit belge pour un ou plusieurs actionnaires possédant le jour de la tenue de l'assemblée générale des titres représentant une fraction du capital égale à un million deux cent cinquante mille (1.250.000.–) euros. Le Conseil d'Etat est cependant d'avis que, notamment en tenant compte de la consécration de la légalité des conventions entre actionnaires à introduire par le texte sous examen, cette hypothèse devrait également être introduite.

Les auteurs ne précisent pas ce qu'il en est des actionnaires et des titulaires de parts bénéficiaires qui n'ont pas été présents ou représentés à l'assemblée générale.

Ils proposent d'accorder cette action minoritaire également aux titulaires d'actions sans droit de vote conformément aux articles 44, paragraphe 2 et 46 en la limitant toutefois aux décisions prises en exécution de ces articles. Le seuil de recevabilité d'une telle action est cependant à calculer par rapport à l'ensemble des voix qui auraient pu s'exprimer à l'assemblée générale.

Le dernier alinéa de l'article 63*bis* 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 recevabilité 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.

Une telle façon d'agir semble difficilement concevable et le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à ce texte, qui ne règle pas suffisamment cette procédure.

La commission parlementaire propose un nouveau texte pour le premier alinéa de l'article 63*bis* en affirmant qu'il s'agit d'une fusion des textes des deux premiers alinéas proposés par les auteurs du projet.

Le Conseil d'Etat propose de supprimer le mot „également“, car il ne fait pas de sens.

Ensuite, le Conseil d'Etat ne peut suivre les auteurs de l'amendement quand ils précisent pour les actionnaires qu'ils doivent avoir le droit de vote, car les actionnaires l'ont par principe et les porteurs d'actions sans droit de vote voient leur situation réglée dans le deuxième alinéa.

Enfin, le Conseil d'Etat s'interroge sur la situation des titulaires de parts bénéficiaires qui se voient supprimer toute action, même si leurs droits sont en jeu.

L'amendement parlementaire n'est pas de nature à lever la justification de l'opposition formelle ci-avant.

Article 63*ter*

La question de la recevabilité de l'action judiciaire s'examine au moment de l'introduction de la demande. Les modifications qui suivent n'ont, en principe, plus d'influence sur cette question. Le litige judiciaire une fois introduit peut continuer jusqu'au jugement définitif à condition que les parties qui se sont désistées de l'action ne soient plus tenues ni par les frais ni par d'autres conséquences financières telles que celles de l'article 63*septies* ci-après.

Ce texte est à supprimer pour être superfétatoire, car la recevabilité est toujours appréciée le jour de l'introduction de la demande.

La commission parlementaire propose la suppression des titulaires de parts bénéficiaires, car ils ne sont plus parties selon l'article 63bis.

Le Conseil d'Etat ne peut pas y marquer son accord pour les raisons expliquées *sub 41*).

Article 63quater

La jonction d'affaires judiciaires pendantes constitue une décision d'administration de la justice qui revient au tribunal. Il appartient à la juridiction saisie d'examiner si les conditions de jonction sont données.

A l'instar de la commission parlementaire, le Conseil d'Etat demande la suppression de cet article.

Article 63quinquies

Ce texte autorise les porteurs de titres, qui ont été minoritaires, à demander l'annulation d'une transaction conclue entre la société et une partie seulement des porteurs contestataires. Il s'agit de maintenir l'égalité entre tous les porteurs.

Les auteurs du projet posent cependant comme condition que les contestataires, qui n'étaient pas partie à la transaction, doivent remplir la condition du seuil minimum fixé par l'article 63bis. Cette condition permet aux dirigeants de la société de casser le front des contestataires en s'arrangeant avec cette partie seulement, sous réserve que leur nombre soit suffisamment important pour le ramener en dessous du seuil fixé par la loi.

Le Conseil d'Etat trouve ce texte malsain. Il est d'avis qu'au cas où il existe un litige minoritaire, tous les porteurs de titres concernés devront être informés de la contestation et de la proposition transactionnelle afin de maintenir l'égalité de tous les porteurs.

Le Conseil d'Etat propose donc que, dès qu'une action minoritaire est introduite en justice, la société devra respecter l'égalité de tous les minoritaires qui participent à l'action judiciaire. Elle devra, sous peine de nullité, adresser la proposition transactionnelle à toutes les parties au litige. Si certains minoritaires ne veulent pas participer aux transactions ou ne veulent pas accepter la proposition finale, libre à eux de continuer alors le litige judiciaire, mais l'issue de celui-ci ne pourra plus avoir d'influence sur la transaction acceptée par les autres minoritaires.

Il propose donc de remettre l'article sur le métier.

Article 63sexies

Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'utilité de cet article, qui soulève la question de la recevabilité de telles actions en vertu de la règle „Nul ne plaide par procureur“.

Article 63septies

Les auteurs veulent régler la question de la prise en charge définitive des frais et honoraires d'avocats et d'experts.

Le texte est superfétatoire, car les articles 238 et suivants du Nouveau Code de procédure civile règlent la question des dépens et même des frais qui n'y sont pas compris et l'article 6-1 du Code civil règle la question de l'action judiciaire abusive.

Le Conseil d'Etat propose la suppression de cet article.

42) Article 64

Les auteurs ont l'intention de remplacer le recours aux règles ordinaires des assemblées délibérantes par la fixation de règles de délibération. Ils proposent par conséquent la suppression de cette notion. Le Conseil d'Etat y marque son accord.

Il ne peut cependant marquer son accord avec le texte qui suit et qui autorise de façon générale la prise de décision par écrit sous la condition de l'unanimité.

L'amendement parlementaire va encore plus loin en admettant la possibilité de prises de décisions circulaires par principe, sauf si les statuts s'y opposent. Le Conseil d'Etat ne peut pas y marquer son accord.

Suivant les textes, la prise de décision par écrit doit être une exception, car l'alinéa 1er statue clairement que les administrateurs, les membres du directoire et le conseil de surveillance forment des

collèges qui délibèrent. Il ne faut par conséquent pas autoriser le recours aux décisions écrites, fût-ce à l'unanimité, de façon extensive, car ce serait dénaturer la fonction même du collègue.

Le troisième alinéa constitue une exception à la „modernisation“ proposée en revenant pour certaines décisions aux règles usuelles. Le Conseil d'Etat en déduit que les décisions visées par le texte proposé ne sont pas des décisions concernant l'existence même de la société. Si, pour des raisons pratiques, des décisions rapides devaient être prises partiellement par écrit, le Conseil d'Etat ne s'y opposerait pas.

Le Conseil d'Etat a cependant une nette préférence pour la version du texte belge qui réduit cette prise de décision à des cas exceptionnels dûment justifiés par l'urgence et l'intérêt social.

42bis) Article 64bis

La commission parlementaire propose d'ajouter au paragraphe 2 de l'article 64bis la condition de l'élection d'un président, afin que sa voix puisse être prépondérante. Le Conseil d'Etat ne voit pas l'utilité de cette condition qui lui semble couler de source.

Au paragraphe 3, la commission propose la suppression du renvoi à un règlement intérieur. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

42ter) Article 66

Un amendement parlementaire étend l'obligation de confidentialité aux membres du comité de direction.

Sous réserve de ses développements à l'endroit des comités de direction, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

43) Article 67

Il est proposé de réformer l'article 67 qui règle le déroulement des assemblées générales.

Comme déjà annoncé ci-avant, les règles de l'assemblée délibérante sont remplacées par la faculté de supprimer toute exigence de quorum en permettant d'adopter les décisions à la majorité simple des voix exprimées.

Les auteurs proposent de ne pas retenir de quorum afin de ne pas modifier „la pratique suivie au Grand-Duché de Luxembourg selon laquelle les abstentions ne sont pas prises en compte pour le calcul de la majorité requise“.

Le Conseil d'Etat ne voit pas l'utilité de légiférer sur la liste de présence et il propose la suppression du texte. En effet, le seul fait que le droit belge règle ce point ne lui semble pas constituer un argument suffisamment pertinent.

Les auteurs veulent que l'assemblée générale ne soit pas une réunion d'apparence et ils proposent de fixer la règle suivante: au moins un actionnaire ou son mandataire doit être physiquement présent au Luxembourg. Par cette disposition, ils croient pouvoir ancrer davantage la localisation de l'assemblée générale au Grand-Duché. Le Conseil d'Etat n'est pas convaincu ni de cette approche ni de son importance, mais il ne s'y oppose pas.

Il est encore proposé d'ajouter un paragraphe 4bis pour tenir compte de l'introduction de la possibilité d'émettre des actions de valeur inégale et pour satisfaire à la règle que chaque action avec droit de vote doit garantir l'exercice de celui-ci. Ces actions confèrent de plein droit un nombre de voix proportionnel à la partie du capital qu'elles représentent, en comptant pour une voix l'action représentant la quotité la plus faible. Cette règle étant mathématiquement et juridiquement juste, le Conseil d'Etat y marque son accord.

Afin de fidéliser les actionnaires d'une société, les auteurs proposent d'introduire la possibilité d'accorder un droit de vote double à des actions détenues par le même propriétaire pendant deux ans au moins. Les autres conditions sont que la forme d'action doit être nominative et que l'action doit être entièrement libérée.

Des actions gratuites peuvent être attribuées à ces actionnaires.

La conversion d'une action nominative en action au porteur lui fait perdre cet avantage tout comme sa cession.

Font exception à la perte de l'avantage en cas de cession, le transfert successoral, la liquidation de la communauté de biens entre époux et la donation entre vifs au profit d'un conjoint ou d'un parent au degré successible.

Depuis la loi sur le partenariat, le partenaire est généralement traité sur un pied d'égalité avec l'époux. Pourquoi ne pas faire profiter les partenaires des mêmes avantages que les époux?

Par l'attribution d'un droit de vote double aux porteurs d'actions nominatives et par l'attribution d'actions gratuites à vote double à des actionnaires ayant une certaine ancienneté, les auteurs introduisent un élément attaché à la personne de l'actionnaire. Ceci est contraire au principe que, dans la société anonyme, le droit de vote est attaché à l'action et non à la personne de l'actionnaire. Ceci est encore contraire à la législation française qui a servi de source d'inspiration aux auteurs de cette disposition. Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à cette proposition qui introduit, par un mélange de genres entre sociétés de personnes et sociétés de capital, une incongruité juridique et se heurte dès lors à un principe général du droit des sociétés qui attache les droits à la personne de l'associé dans les sociétés de personnes et au titre dans les sociétés de capitaux.

Le Conseil d'Etat propose qu'en cas de démembrement de la propriété des actions nominatives, les nouvelles actions reviennent au nu-propriétaire et que l'usufruitier peut exercer les mêmes droits que ceux qu'il possédait pour les anciennes actions. Il renvoie aux considérations générales du présent avis quant aux droits des propriétaires en cas de démembrement de la propriété des titres.

La fusion et la scission de la société n'ont pas d'influence directe sur la fidélisation de l'actionariat. Il est normal que l'avantage puisse continuer si les statuts le permettent.

Selon le paragraphe 5, le pourcentage d'actionnaires qui peuvent demander la prorogation d'une assemblée est réduit au dixième par parallélisme avec l'actuel article 70, alinéa 2 de la loi concernant les sociétés commerciales. Le Conseil d'Etat y marque son accord.

44) Article 67bis

Il est proposé de légiférer en matière de conventions entre actionnaires.

Ces conventions, qui ont existé depuis toujours, étaient soumises au droit commun. Actuellement, il est proposé de les institutionnaliser et d'en fixer les cas de nullité.

Les cas de nullité sont la violation des statuts et de la loi, la contrariété à l'intérêt social ainsi que les accords entre un actionnaire, la société, sa filiale et les organes de la société au sujet de l'exercice du droit de vote.

Le paragraphe 2 dispose que non seulement les votes sont nuls, mais aussi les décisions, pour autant que le vote ait pu avoir une incidence sur la validité de la décision intervenue.

Le Conseil d'Etat ne comprend pas cette disposition, car il est difficilement imaginable qu'un vote nul ait une incidence sur la validité du vote intervenu. Il a plutôt une incidence sur le résultat du vote. Il est donc proposé d'écrire:

„Ces votes entraînent la nullité des décisions prises, à moins qu'ils n'aient eu aucune incidence sur le résultat du vote intervenu.“

Un amendement parlementaire veut donner une règle d'interprétation aux paragraphes 1er et 2 de cet article.

Le Conseil d'Etat rappelle qu'il appartient à la Chambre des députés de légiférer et aux juridictions d'interpréter.

Faute de proposition de texte, il est impossible au Conseil d'Etat de prendre position.

La commission parlementaire propose la suppression du troisième paragraphe. Le Conseil d'Etat y marque son accord.

45) Article 67-1

Il est proposé de retirer le changement de la nationalité des sociétés des décisions qui doivent être prises à l'unanimité des actionnaires. Les auteurs justifient cette proposition, à laquelle les statuts pourront déroger, par le besoin de mobilité des sociétés. Dans leurs propositions de modification relatives aux articles 67, paragraphe 3 et 70, alinéa 1 concernant les assemblées générales, les auteurs exigent la présence d'actionnaires au Luxembourg afin „d'assurer l'ancrage de la société au Grand-Duché“. Le Conseil d'Etat a des difficultés pour suivre les auteurs dans leur raisonnement. En effet, n'est-il pas illogique d'insister, d'une part, sur la nécessité de la présence physique des actionnaires au Luxembourg et l'obligation d'y tenir les assemblées générales tout en facilitant, d'autre part le changement de la nationalité des sociétés par la suppression de la condition de l'unanimité.

Comme c'est le siège social qui détermine la nationalité de la société, on peut aussi expliquer ce changement par les dispositions des articles 111-2 à 111-6 concernant la société européenne. En effet, l'article 111-6 requiert pour la décision de transfert de siège le quorum de présence et la majorité prévus pour les modifications des statuts.

Le Conseil d'Etat donne cependant à considérer que le changement de nationalité et du siège entraîne aussi un changement de la législation applicable, ce qui peut avoir des répercussions significatives sur la société et son fonctionnement. Il lui semble dès lors opportun qu'une décision aussi incisive se prenne à l'unanimité ou du moins à une majorité renforcée.

Les auteurs proposent encore de transférer la compétence de décision et de publication concernant le transfert du siège social tant à l'intérieur d'une même commune que d'une commune vers une autre au conseil d'administration et au conseil de surveillance, selon le cas. Comme la compétence de transférer le siège n'appartient pas au comité de surveillance, mais au directoire, il y a lieu de modifier le texte en conséquence.

Etant donné que l'amendement parlementaire redresse cette erreur, le Conseil d'Etat marque son accord.

Par contre, il ne voit pas l'opportunité d'abroger le troisième paragraphe de l'article 67-1. Il demande donc la suppression de cette proposition.

La commission parlementaire propose d'ajouter la condition de l'article 308*bis*-21, paragraphe 5, point 4 quant à la durée d'existence minimale de la société. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire, sauf qu'il y a lieu d'accorder correctement le vocable „ajoutés“.

46) Article 68

Le texte autorise l'assemblée générale à modifier les droits respectifs des catégories d'actions ou des catégories de parts bénéficiaires, s'il en existe, ou de décider de remplacer les actions ou parts bénéficiaires d'une catégorie par ceux d'une autre, nonobstant toutes dispositions contraires des statuts.

D'après les auteurs, le nouveau texte de l'article 68 devra accorder aux titulaires des parts bénéficiaires les mêmes droits que ceux qui sont actuellement accordés aux actionnaires.

Le texte proposé va cependant beaucoup plus loin, puisqu'il autorise aussi le remplacement des actions et parts bénéficiaires d'une catégorie par celles d'une autre, faculté qui n'est pas prévue par l'actuel article 68.

Le texte exige la rédaction d'un rapport détaillée sur l'objet et la justification des modifications proposées et il fait de l'absence de ce rapport un cas de nullité.

Les propriétaires des titres issus d'un démembrement de propriété devront avoir accès à ce rapport tout comme les autres actionnaires et titulaires de parts bénéficiaires.

Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette possibilité d'imposer ces changements de catégories, car il est inconcevable qu'une assemblée générale puisse statuer en violation des statuts, qui constituent, à côté de la loi, la norme selon laquelle doit fonctionner chaque société.

Il propose de laisser inchangé le texte actuel et d'y ajouter uniquement les alinéas 2 et 3.

Un amendement parlementaire propose notamment la suppression de la possibilité pour les actionnaires et les titulaires de parts bénéficiaires de pouvoir demander la transmission d'une copie du rapport de justification de la modification des droits respectifs attachés à ces titres. Le Conseil d'Etat ne peut pas y marquer son accord, car une telle modification, pour autant qu'elle puisse être admise, constitue une diminution des droits en question. Les titulaires des titres doivent dans ces conditions disposer d'un temps de réflexion suffisant avant de se prononcer. Il insiste donc sur le maintien de ce texte.

La commission parlementaire propose de même de supprimer la limitation de l'article 71. Cette suppression va encore à charge des titulaires de ces titres et le Conseil d'Etat insiste une nouvelle fois sur le maintien du texte proposé par les auteurs du projet.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant aux autres propositions rédactionnelles.

47) Article 69

Les auteurs du projet avaient proposé de réformer le texte de la première phrase du premier paragraphe de l'article 69 pour souligner l'exigence du traitement égalitaire des actionnaires, qui se trouvent

dans des conditions identiques et ils avaient ajouté à la fin du paragraphe 5 en cas de réduction du capital l'exigence soit d'une augmentation du capital au minimum légal soit de la transformation de la société en une autre forme de société dont le capital minimum est égal ou inférieur à celui résultant de la réduction du capital, afin que la règle du capital minimum soit respectée.

Ces ajouts représentent des évidences aux yeux du Conseil d'Etat. D'un côté, le traitement égalitaire des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques découle des principes juridiques et, d'un autre côté, la décision de réduction du capital exige l'intervention d'un notaire qui a une obligation de contrôle du capital par rapport à la forme de société, sous peine de commettre une illégalité et d'engager sa responsabilité.

Un amendement parlementaire a également proposé la suppression de la modification proposée à l'endroit du premier paragraphe.

Le Conseil d'Etat s'y rallie et propose la suppression de l'ajout au premier paragraphe.

48) *Article 69-1*

Les auteurs veulent ajouter à la fin du premier paragraphe de l'article 69-1 une disposition suivant laquelle la somme remboursée, en cas de remboursement d'actions, revient à l'usufruitier comme quasi-usufruit.

Le Conseil d'Etat y marque son accord tout en renvoyant à ses observations à l'endroit du dernier alinéa de l'article I, 1).

49) *Article 70*

Dans le souci „d'ancrer la société au Grand-Duché“ les auteurs proposent de remplacer l'ancienne indication „dans la commune“ du siège social par „au Luxembourg“ (omettant cette fois-ci de préciser qu'il s'agit du Grand-Duché et non de la province belge). Le Conseil d'Etat ne voit pas la plus-value de cette modification, surtout que dans le même élan la date et l'heure indiquées dans les statuts ne devront plus être respectées en raison de la suppression de ce segment de phrase selon la version proposée.

Cette modification rend l'assemblée générale quelque peu virtuelle.

Quant au libellé, le Conseil d'Etat propose de faire précéder au troisième alinéa „membres du directoire“ par l'article „les“.

Le dernier alinéa enlève à la localisation de la société son établissement fixe en construisant une fiction légale quant au lieu de l'assemblée générale. Ceci ajoute encore à la virtualité de son établissement.

Un amendement parlementaire propose de remplacer le verbe „devront“ par celui de „pourront“. Il fait ainsi de l'obligation de convocation une simple faculté.

La commission parlementaire fait encore un commentaire sur une autre possibilité de convocation sans proposer de texte. Le Conseil d'Etat ne peut donc pas y prendre position.

50) *Article 73*

Un amendement parlementaire propose la suppression du texte proposé. Le Conseil d'Etat se rallie.

51) *Article 76*

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

52) *Article 78*

Un amendement parlementaire propose d'ajouter les membres du comité de direction à la liste. Sous réserve de ses observations quant aux comités de direction, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

53) *Article 79*

Le Conseil d'Etat n'est pas d'accord avec la suppression de l'article 79 pour les raisons qu'il a indiquées à l'endroit du point 23bis.

54) *Article 85*

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec cette proposition de texte, car une telle assemblée ne peut modifier les droits des porteurs d'obligations.

54bis) *Article 84*

Un amendement parlementaire propose la réduction du nombre de signataires pour les obligations au porteur.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire, sauf que, dans le respect de l'ordre numérique, ce point doit précéder et non suivre le point 54 relatif à l'article 85.

55) *Article 88*

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la confirmation des pouvoirs du représentant de la masse des obligataires.

56) *Article 92*

Sans observation.

57) *Articles 96 et 97*

Les auteurs proposent de supprimer les obligations remboursables par voie de tirage au sort à un taux supérieur au prix d'émission.

Dans la foulée, la limitation du montant de ces obligations au montant du capital social a également disparu (art. 96, al. 2).

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à ces suppressions.

58) *Articles 98quater et 98quinquies*

Suivant amendements de la commission juridique de la Chambre des députés, les deux articles 98bis et 98ter du projet gouvernemental ont été supprimés.

Comme les articles 98quater et 98quinquies qui visent le retrait obligatoire et le rachat obligatoire font l'objet d'un projet de loi plus récent, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations concernant ce projet de loi figurant dans son avis du 6 octobre 2009 (doc. parl. No 5978²).

59) *Article 99*

Le Conseil d'Etat marque son accord à voir ajouter la référence de l'article 1865bis, alinéas 2 et suivants à l'article 99, car cet ajout fera bénéficier les créanciers de garanties supplémentaires, s'ils en demandent.

60) *Article 100*

Les auteurs proposent de préciser ce qu'il faut comprendre par „moitié du capital social“ en faisant référence à l'actif net du bilan. Le Conseil d'Etat y marque son accord.

La commission juridique de la Chambre des députés a soumis des amendements quant au texte de l'alinéa 2 de cet article.

Le Conseil d'Etat est d'accord avec les précisions quant aux mesures de redressement à proposer par le conseil d'administration ou le directoire tout comme avec le rapport sur les causes de la situation, tel que proposé par la commission juridique. Le Conseil d'Etat ne comprend cependant pas pourquoi la commission parlementaire propose seulement une alternative par l'adjonction de la conjonction „ou“. Il est d'avis que les actionnaires seraient mieux informés par un rapport qui porterait tant sur les causes de la situation que sur les mesures de redressement à prendre.

L'amendement propose encore la suppression de l'obligation de respectivement annoncer ce rapport dans l'ordre du jour, de le tenir à la disposition des actionnaires quinze jours avant la date de l'assemblée générale et de l'adresser aux actionnaires en nom en même temps que la convocation. L'amendement est justifié par les amendements relatifs aux points 17 et 46 ci-avant. Dans ces amendements, il a été prévu que les actionnaires pourraient renoncer au préalable aux rapports qui doivent être à la disposition des actionnaires quinze jours avant la date de l'assemblée sous peine de nullité. Le Conseil d'Etat,

plutôt que de voir le texte proposé par les auteurs du projet de loi être supprimé, préférerait une formulation identique quant à la disponibilité de ce rapport.

61) *Des sociétés par actions simplifiées*

Les auteurs proposent d'introduire en droit luxembourgeois cette nouvelle forme de société qui est reprise du droit français. Compte tenu des différences entre le droit français et le droit luxembourgeois en matière de sociétés, les textes d'inspiration française ont été adaptés à la situation luxembourgeoise.

Article 101-18

Les auteurs s'inspirent pour la définition de la société par actions simplifiée (SAS) de l'article 23 de la loi du 10 août 1915. Le Conseil d'Etat se demande pourquoi ils ne copient pas simplement cet article en précisant seulement les différences.

Ainsi, le premier alinéa pourrait être repris tel quel tout en y ajoutant la deuxième phrase déterminant la section de la loi à laquelle elle est soumise.

Le deuxième alinéa pourrait être repris de même tout en y ajoutant que l'associé visé exerce les pouvoirs dévolus aux associés lorsque la présente section prévoit une prise de décision collective.

Les troisième et quatrième alinéas de l'article 23 trouvent aussi leur application à la SAS.

Le troisième alinéa nouveau deviendra ainsi le cinquième. Les règles concernant la société anonyme sont d'application sauf celles qui sont incompatibles avec les dispositions particulières dont notamment celles concernant l'administration de la société et l'assemblée générale des actionnaires.

L'administration de la SAS sera confiée à des personnes qui porteront le titre de président de la société ou de dirigeant, afin de distinguer ces titres de ceux employés dans les autres formes de société.

Article 101-19

Le Conseil d'Etat approuve la décision de ne pas permettre à la SAS d'avoir recours à l'épargne publique. Il approuve aussi le texte de l'article amendé.

Article 101-20

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement du texte de l'article sous examen.

Article 101-21

La commission juridique de la Chambre des députés semble vouloir émettre une règle d'interprétation dans ses amendements quant à l'alinéa 1er de cet article. Le Conseil d'Etat rappelle qu'il appartient au législateur d'exprimer sa volonté dans le texte et qu'il appartient au pouvoir judiciaire d'interpréter ce texte, le cas échéant. La réflexion de la commission parlementaire n'a donc aucun effet normatif.

Article 101-22

Il s'agit ici d'une copie du texte afférent français, sauf en ce qui concerne le premier alinéa concernant la représentation en justice et les exploits judiciaires.

Les auteurs ont ajouté la dernière phrase du dernier alinéa afin de préciser les pouvoirs du directeur général et du directeur général délégué.

Le Conseil d'Etat propose la suppression de cette phrase, car il appartient aux statuts de déterminer les pouvoirs de ces représentants.

Article 101-23

Les auteurs se sont inspirés du texte français tout en y appliquant la modification introduite par la loi du 25 août 2006 obligeant la personne morale nommée administrateur d'une société anonyme à désigner un représentant permanent chargé de l'exécution de la mission en son nom et pour son compte (article 51*bis* de la loi du 10 août 1915). Cette proposition trouve l'assentiment du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement parlementaire.

Dans le deuxième alinéa qui constitue une copie du texte français, les auteurs ont omis de soumettre ce représentant aux mêmes obligations que celles qu'il aurait s'il exerçait cette mission en son nom et pour son compte propre. Le Conseil d'Etat propose de combler cette omission et de libeller le début dudit alinéa:

„Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et obligations et encourt ...“.

Par analogie aux dispositions nouvelles des articles *51bis* et *60bis-4* de la loi du 10 août 1915, les auteurs proposent de ne retenir que la responsabilité civile dans le texte de loi. Cette proposition trouve l'accord du Conseil d'Etat, d'autant plus qu'il appartient à la loi pénale de déterminer son applicabilité.

La dernière phrase de cet alinéa 2 ainsi que l'alinéa suivant constituent la suite logique de la désignation du représentant permanent dont question au premier alinéa ci-avant.

Article 101-24

Le premier alinéa est une répétition de l'article 58 concernant la société anonyme; il ne suscite pas d'observation.

Le deuxième alinéa renvoie aux règles de la responsabilité des administrateurs de la société anonyme. Un renvoi avec indication des articles pourrait provoquer une confusion avec les dispositions de l'article 101-18. Le Conseil d'Etat marque donc son accord avec un renvoi général aux règles de la responsabilité des membres du conseil d'administration ou du directoire des sociétés anonymes.

Article 101-25

Les auteurs se sont référés pour les alinéas 1 et 2 à l'article L. 227-9 du Code de commerce français en ajoutant à la fin du 2e alinéa un renvoi à l'article *1865bis*, alinéas 2 et suivants du Code civil. Comme cet article *1865bis* a une portée générale, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il est à supprimer pour être superfétatoire.

Un amendement parlementaire propose de suivre la proposition faite par la Chambre de commerce et de supprimer l'obligation d'une décision collective des associés pour l'augmentation, l'amortissement et la réduction du capital, afin de favoriser la variabilité de celui-ci. La Chambre de commerce se réfère à la situation en France. Le texte des auteurs du projet est une copie conforme du texte de l'article 227-9 du Code de commerce français. Le Conseil d'Etat désapprouve cette proposition qui touche à un élément essentiel de la société et concerne directement tant les actionnaires que les tiers.

Bien que le deuxième alinéa soit une copie de l'article L. 227-9 du Code de commerce français, le Conseil d'Etat propose de supprimer les qualificatifs „extraordinaires“ et „ordinaires“ utilisés ensemble avec le terme „assemblées“, car l'adjonction des deux adjectifs n'ajoute rien au texte. Il propose aussi de supprimer le terme „amortissement (de capital)“ dans la première phrase. Il s'agit ici d'une notion inconnue dans le droit des sociétés luxembourgeois et l'hypothèse visée est suffisamment circonscrite par le terme réduction.

Le troisième alinéa autorise l'associé unique à déléguer ses pouvoirs. Le Conseil d'Etat s'interroge sur les responsabilités encourues: il y a lieu de préciser que si cette délégation est faite à une personne morale, il devra être procédé à la nomination d'un représentant permanent, qui ne pourra être révoqué qu'en désignant simultanément son remplaçant.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement du texte proposé.

Le dernier alinéa ne suscite pas d'observation, comme il est édicté dans un souci de la protection des intérêts de tout intéressé.

Article 101-26

Cet article règle la question de l'opposition d'intérêts. Il reprend largement les textes concernant la société anonyme, de sorte que le Conseil d'Etat renvoie à ses observations concernant notamment le point 33 ci-avant.

Il voudrait encore signaler que, dans le texte coordonné annexé aux amendements parlementaires, il y a une confusion au niveau du dernier alinéa du premier paragraphe où il faudra lire „... les décisions du président et des directeurs concernent ...“ tout en supprimant le „ou/et“ pour le remplacer par „et“.

Article 101-27

Comme la SAS est souvent utilisée comme petite société anonyme à caractère familial et à actionariat restreint, critères souhaités dès la constitution, les clauses d'inaliénabilité, du moins temporaires, constituent une certaine protection pour la société et son actionariat.

L'alinéa 2 introduit de nouveau la condition de la non-contrariété à l'intérêt social. Le Conseil d'Etat rappelle ses observations ci-avant à ce sujet et il renvoie notamment aux considérations générales ainsi qu'à ses observations à l'endroit du point 22.

Le Conseil d'Etat y marque son accord, car contrairement à l'article 37, la clause d'inaliénabilité n'est valable que si elle est inscrite dans les statuts et si elle est temporaire. Ensuite, les souscripteurs d'actions reconnaissent l'intérêt sociétal de la clause. Ils ne se voient donc pas imposer une autre limitation, telle que la non-transmissibilité.

La commission juridique de la Chambre des députés semble vouloir retenir une règle d'interprétation dans ses amendements quant à l'alinéa 1er de cet article. Le Conseil d'Etat rappelle une nouvelle fois que c'est le propre du législateur d'exprimer sa volonté dans le texte et qu'il appartient au pouvoir juridictionnel d'interpréter ce texte, le cas échéant. La réflexion parlementaire n'a donc aucun effet normatif.

Article 101-28

Le Conseil d'Etat marque également et pour les mêmes raisons que ci-avant son accord avec la possibilité de limiter la cession des actions et de prescrire un droit de préemption. Il n'a pas d'observation à faire quant à la proposition de texte faite dans l'amendement parlementaire.

Article 101-29

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la sanction d'une cession faite en violation des dispositions statutaires.

Article 101-30

Ce texte constitue une nouveauté au Luxembourg en ce sens que les statuts peuvent prévoir les conditions suivant lesquelles un actionnaire est obligé de céder ses actions.

Bien que les auteurs n'expliquent pas la raison de cette proposition, le Conseil d'Etat admet que, dans le cadre de sociétés familiales ou à actionariat lié par des intérêts particuliers, il peut être craint voire économiquement ou socialement dangereux que des associés qui ne sont plus d'accord avec le projet initial ou que de nouveaux associés qui ont des intérêts différents de ceux des fondateurs et autres associés ne continuent à faire partie de la société.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous les points 22 et 28. Si les statuts prévoient la possibilité évoquée dès la constitution de la société, les actionnaires ne peuvent pas se plaindre de l'obligation qui en découle, puisqu'ils ont souscrit les actions en toute connaissance de cause. On peut cependant s'interroger sur la situation des actionnaires qui se voient imposer cette obligation à la suite d'un changement des statuts opéré alors qu'ils avaient déjà acquis les actions. Le texte de l'article proposé ne dit rien sur les conditions minima pour imposer cette cession forcée. Le Conseil d'Etat se doit de renvoyer en tout cas à ses observations relatives à l'intérêt social de telles conditions.

A l'alinéa 3 du premier paragraphe, le mot „notamment“ est à supprimer.

L'amendement parlementaire qui propose la suppression du paragraphe 3 ne donne pas lieu à observation.

Article 101-31

Le premier alinéa dans la version gouvernementale prévoit la même procédure que celle prescrite par l'article 37, paragraphe 2, alinéa 5. Le Conseil d'Etat demande la suppression du dernier segment de phrase „et au jour du décès en cas de transmission pour cause de mort“, puisque le texte ne prévoit pas de limitation pour transmission par héritage.

Un amendement parlementaire propose la suppression de ce même premier alinéa, alors qu'il appartiendrait aux statuts de fixer des règles en la matière. Le Conseil d'Etat souligne que le texte proposé par les auteurs du projet de loi prévoit *expressis verbis* la validité d'une telle clause et que c'est seulement au cas où il n'y aurait ni clause statutaire ni accord entre parties que le juge pourra être sollicité à intervenir.

Comme une telle suppression n'a pas été proposée à l'endroit de l'alinéa 5 du paragraphe 2 de l'article 37, qui règle une situation identique, il ne voit pas la nécessité de la suppression proposée à l'endroit de cet article. Il est d'avis qu'en cas de litige, le juge devra intervenir de toute façon pour sanctionner la décision à prendre par la formule exécutoire.

Article 101-32

Sans observation.

61*bis*)

Articles 104, 105 et 108

Par un amendement parlementaire au point 2*bis*, il avait été proposé de remplacer les termes „raison sociale“ par „dénomination sociale“.

Dans la suite de cet amendement, il est proposé de supprimer l'article 104 qui prévoit que la société existe sous une raison sociale qui ne pourra comprendre que le nom d'un ou de plusieurs associés responsables. Comme la société en commandite par actions comprend parmi ses actionnaires un ou plusieurs associés indéfiniment et solidairement responsables des engagements sociaux avec des actionnaires qui n'engagent qu'une mise déterminée, le législateur a imposé la règle de l'article 104 comme suite de cet engagement et afin de ne pouvoir tromper les tiers sur les engagements pris par les uns et les autres des associés. La société en commandite simple comporte d'ailleurs une disposition identique (article 18). La loi belge maintient l'interdiction de l'indication du nom du commanditaire dans la dénomination sociale sous peine de voir engager sa responsabilité solidaire et illimitée, tandis que le texte français ne semble plus faire la différence, puisque son article L. 222-3 dispose que dans la dénomination sociale peut être incorporé le nom d'un ou de plusieurs associés.

Comme le législateur a jusqu'à présent toujours suivi plutôt la législation belge que la législation française, le Conseil d'Etat, tout en donnant son accord avec le remplacement de la „raison sociale“ par la „dénomination sociale“, est cependant d'avis que l'interdiction de l'alinéa 2 du paragraphe 2 de l'article 207 du Code des sociétés belge est toujours d'actualité.

Quant à l'amendement relatif à l'article 108, le Conseil d'Etat se pose les mêmes questions.

Article 113

Il résulte du point 6 de l'actuel article 116 que l'étendue de la responsabilité des associés peut être solidaire ou divise, sur tout le patrimoine ou jusqu'à concurrence d'une somme déterminée seulement.

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la possibilité d'indiquer ces deux particularités essentielles des sociétés visées clairement dans le premier article concernant les sociétés coopératives. Il n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement parlementaire relatif au texte.

Article 114

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la suppression de l'alinéa 5 de l'article 114 afin que la question de la responsabilité des associés ne soit pas définie à plusieurs endroits par des textes différents. Ceux-ci pourraient créer une insécurité juridique en cas d'interprétation combinée.

Un amendement parlementaire propose la suppression de l'interdiction de la raison sociale. Le Conseil d'Etat marque son accord.

62) *Article 115*

Le Conseil d'Etat propose de relier les deux éléments indiqués au paragraphe 1er dans le point 1 par la conjonction „et“.

Les auteurs du projet proposent de supprimer parmi les indications obligatoires la désignation précise des associés.

Le Conseil d'Etat a des difficultés pour suivre les auteurs. Ils proposent à l'article 115 la suppression de la désignation précise des associés et ils l'ajoutent de nouveau *sub* 6° de l'article 116 comme indication obligatoire. Au nouvel article 117*bis*, ils prévoient en outre que les souscripteurs à l'acte seront considérés comme fondateurs de la société, bien que dans le deuxième paragraphe de l'article 115, ils indiquent que la nullité de la société ne peut pas être prononcée si la société comprend au moins un fondateur valablement engagé.

Le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, à ce que ces dispositions soient remises sur le métier afin d'y donner de la cohérence et d'éviter ainsi une insécurité juridique en la matière.

Le Conseil d'Etat approuve l'indication de la responsabilité des associés parmi les mentions obligatoires des statuts tout comme l'indication de la part fixe du capital. Ces mentions relèvent du plus grand intérêt pour les tiers.

Quant au paragraphe 2, le Conseil d'Etat marque son accord avec le point 1.

En ce qui concerne le point 2, le Conseil d'Etat fait remarquer que les statuts constituent le contrat social qui lie les associés et, comme dans tout contrat, l'objet illicite ou la violation de l'ordre public constituent des causes de nullité. Il ne voit par conséquent pas la nécessité de ces indications.

Le point 3 exige l'engagement valable d'au moins un fondateur. Le Conseil d'Etat renvoie à ses développements ci-avant. Il y reviendra lors de l'examen du nouvel article 117*bis*.

Le dernier alinéa du paragraphe 2 dispose que la sanction de nullité de l'article 1855 du Code civil s'applique, si les clauses de l'acte constitutif concernant la répartition des bénéfices ou des pertes viole les prescriptions de cet article. Le Conseil d'Etat, tout en approuvant cette disposition, aurait préféré que les auteurs proposent une solution de rechange en cas de nullité.

63) Article 116

Les auteurs proposent l'application de l'article 1865*bis*, alinéas 2 et suivants du Code civil. Ils n'expliquent pas autrement cette proposition. Comme il n'existe pas de société coopérative à associé unique, le Conseil d'Etat peut difficilement suivre le raisonnement des auteurs.

Du fait de la précision de la non-application du premier alinéa de l'article 1865*bis*, la réunion de toutes les parts sociales en une main devrait entraîner la dissolution de la société. L'alinéa 2 accorde à l'associé, entre les mains duquel sont réunies toutes les parts sociales, la faculté de dissoudre la société à tout moment. Il y aurait alors confusion des patrimoines et des masses. Ceci aurait pour conséquence que la société coopérative pourrait continuer à fonctionner en cas de réunion de toutes les parts sociales en une main, alors que les conditions de base pour constituer une telle société ne sont plus données.

Le Conseil d'Etat demande la suppression de cette proposition.

64) Article 117

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la proposition de modifier la réglementation supplétive en cas de non-indication de la durée de la société, qui prévoit de remplacer la durée limitée de dix ans par une durée illimitée. Comme actuellement les sociétés sont pratiquement toujours constituées pour une durée illimitée, une telle réglementation supplétive lui semble plus près de la réalité.

65) Article 117*bis*

Le Conseil d'Etat renvoie à ses développements *sub* Article 115 ci-avant.

Comme la société coopérative semble pouvoir être constituée par un seul fondateur valablement engagé, il faut évidemment réglementer cette situation, notamment en raison des exigences de l'alinéa 2 de l'article 114 et en raison de la responsabilité des autres souscripteurs.

D'un point de vue rédactionnel, la forme de l'indicatif présent est à utiliser pour le verbe être à la première et à la dernière phrases du paragraphe 1er.

L'article 28 concernant les sociétés anonymes et l'article 128 concernant les sociétés à responsabilité limitée comportent des dispositions identiques.

Les règles des paragraphes 1er et 2 sont copiées sur ces articles de façon qu'elles ne donnent pas lieu à de nouvelles observations.

En ce qui concerne le paragraphe 3, il s'agit de règles spéciales se rapportant aux sociétés coopératives. Comme il s'agit de l'application des règles du mandat et du porte-fort, sauf en ce qui concerne l'alinéa 2, elles ne demandent pas non plus d'observation particulière.

En ce qui concerne la proposition de l'alinéa 2, le Conseil d'Etat ne comprend pas, faute d'explications par les auteurs, pourquoi la responsabilité d'un fondateur est répercutée sur tous les fondateurs, avec pour effet de modifier ainsi les règles contractuelles du mandat et du porte-fort. Il propose par conséquent la suppression de l'aggravation de cette responsabilité contractuelle.

Quant au paragraphe 4, les auteurs proposent, de nouveau sans la moindre explication, de transférer la responsabilité des mandataires et des porte-fort sur les administrateurs. Il est encore plus difficile de suivre les auteurs dans cette hypothèse. D'une part, l'article 114, alinéa 3 dispose que les administrateurs ne sont responsables que du mandat qu'ils ont reçu; or, les obligations à charge des fondateurs ne découlent pas du mandat reçu. D'autre part, les administrateurs ne doivent même pas avoir été parmi les constituants de la société, de façon qu'ils risquent de ne pas connaître l'existence de tels mandats ou porte-fort. Du fait des dispositions de l'article 114, alinéa 3, *in fine* et de leur non-implication, ils ne peuvent se faire imposer la responsabilité du seul fait de la négligence des mandataires et porte-fort. Le Conseil d'Etat propose la suppression de ce paragraphe.

65bis) Article 188

Suite à l'avis de la Chambre de commerce, un amendement parlementaire propose la suppression des alinéas 2 et 3 de l'article 118. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

66) Article 127

Les auteurs proposent de modifier cet article en disposant simplement que les parts sociales sont nominatives, et ils en prescrivent une forme identique pour les autres titres nominatifs.

D'un point de vue rédactionnel, le Conseil d'Etat propose de supprimer la virgule entre „parts“ et „d'associé“.

Il est encore innové en ce que les auteurs proposent d'autoriser formellement la société coopérative à émettre des parts bénéficiaires au même titre que la société à responsabilité limitée. Les auteurs se basent sur la liberté statutaire contenue dans les articles 116 et 117. L'article 116, point 2 indique que dans l'acte de constitution doivent figurer les conditions d'admission, de démission et d'exclusion des associés et les conditions de retrait et de versements. Le point 4 ajoute les pouvoirs de l'assemblée générale, les droits que celles-ci ont conféré aux associés, le mode de convocation, la majorité requise pour la validité des délibérations, le mode de votation. L'article 117, point 4 prescrit que les pouvoirs de l'assemblée générale se déterminent et les résolutions sont prises en suivant les règles indiquées pour les sociétés anonymes. L'assemblée générale a par conséquent en vertu de l'article 67 les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société. Il n'y a cependant pas de disposition formelle qui autorise l'émission de parts bénéficiaires, comme la disposition de l'article 37 pour les sociétés anonymes. Les auteurs proposent plus loin d'autoriser les sociétés à responsabilité limitée à émettre des titres non représentatifs de capital. A cet effet, ils annoncent un texte portant modification de l'article 182.

Le Conseil d'Etat cherche cependant vainement un texte qui autoriserait la société coopérative à émettre des parts bénéficiaires, qui ne sont d'ailleurs pas définies dans le texte et dont les droits devront être réglés par les statuts. Faute de disposition autorisant expressément de telles parts bénéficiaires, le Conseil d'Etat propose la suppression du renvoi à de telles parts en ce qui concerne les sociétés coopératives qui ne sont pas organisées comme sociétés anonymes (art. 137.1 et suivants).

67) Article 137-1

Le Conseil d'Etat reviendra aux dispositions en projet lors de l'examen du texte proposé à l'endroit des articles 308bis-15 et suivants.

68) Article 137-4

La première proposition concernant le paragraphe 5 de l'article 137-4 constitue une adaptation de texte qui ne demande pas d'observation.

Le texte proposé du nouveau paragraphe 6 prévoit des dérogations à l'article 37 concernant les sociétés anonymes. Le Conseil d'Etat est d'avis qu'il serait plus logique d'édicter des règles particulières concernant les sociétés coopératives organisées comme sociétés anonymes à cet endroit, compte tenu des dispositions du paragraphe 2 de l'article 137-1 plutôt que de procéder par dérogation à l'article 37.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur la nécessité du texte proposé à l'alinéa 1er du paragraphe 6 compte tenu des dispositions de l'article 137-2. Comme il est de règle que les parts sociales sont nominatives, il suffirait de dire tout au plus:

„Les actions sont nominatives.“

Quant à l'alinéa 2, il importe de préciser qu'à la différence de la société coopérative, celle organisée sous forme de société anonyme peut avoir des titres et des parts bénéficiaires au porteur. Il suffira donc d'écrire:

„Les titres et parts bénéficiaires peuvent revêtir la forme au porteur ou nominative.“

L'alinéa 3 semble superfluetatoire compte tenu des deux alinéas qui précèdent.

69) *Section VII et Articles 138 à 140*

Les auteurs proposent de changer la dénomination des „associations momentanées“ et des „associations en participation“ en „sociétés momentanées“ et „sociétés en participation“.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant au texte du projet ni quant à celui de l'amendement parlementaire.

69bis) *Article 138*

Un amendement parlementaire propose la suppression du bout de phrase „ , sans raison sociale,“. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire, à condition que soit indiqué dans le texte que la modification se rapporte à l'article 138.

70) *Article 141*

Les auteurs proposent de changer à l'alinéa 1er l'adjectif „commerciales“ en „dotées de la personnalité morale“.

Comme cette section devra s'appliquer à la liquidation de toutes formes de sociétés, le Conseil d'Etat approuve cette proposition.

71) *Article 142*

Il est proposé de désigner en cas de nomination d'une personne morale comme liquidateur également la personne physique qui la représente. Ceci correspond au vœu du législateur qui a introduit par la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle le représentant permanent dans les cas où une personne morale est nommée administrateur de société. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire ni quant au texte proposé par les auteurs ni quant à l'amendement parlementaire.

72) *Article 144*

Il est proposé de supprimer le dernier bout de phrase de l'article 144, qui n'a plus de raison d'être depuis la suppression de la condition d'un minimum de sept personnes pour constituer une société anonyme.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

73) *Article 146bis*

Les auteurs proposent d'introduire une obligation pour les liquidateurs de convoquer des assemblées générales respectivement des actionnaires et des obligataires dans le délai d'un mois suivant la requête qui leur est adressée par respectivement des actionnaires représentant un dixième du capital ou des obligataires représentant un vingtième des obligations en circulation dont les titres font partie d'une même émission.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

74) *Article 148*

S'agissant d'un simple redressement du texte, le Conseil d'Etat y donne son approbation.

75) *Article 148ter*

Il est proposé d'introduire un texte réglementant les cas d'opposition d'intérêt entre un liquidateur et la société.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire ni quant au texte proposé par les auteurs ni quant à l'ajout proposé par la commission parlementaire.

76) *Article 154*

Le texte propose de réformer et de moderniser les rapports entre les actionnaires et porteurs de titres, d'une part, et l'organe de gestion, d'autre part.

Dans un amendement parlementaire, le droit de questionner l'organe de gestion est ramené aux seuls actionnaires.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant au texte réformé.

Il marque également son accord avec le texte proposé pour l'alinéa 2 par la commission parlementaire tout comme avec l'ajout du texte de l'alinéa 3 et la suppression de l'avant-dernier alinéa.

77) *Article 157*

Il y a tout d'abord lieu de corriger au quatrième tiret le temps du verbe „avoir“ qui est incorrectement indiqué au futur, alors que l'indicatif présent s'impose. Au même tiret, les auteurs proposent d'ajouter les membres du comité de direction. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations relatives aux points 34 et suivants.

Le cinquième tiret complète la liste des sociétés avec personnalité juridique propre.

Enfin, les auteurs proposent d'ajouter un dernier alinéa concernant les actes et délibérations de l'assemblée et de l'organe de gestion. Cette nouvelle disposition devient d'autant plus importante que l'action minoritaire est organisée dans le présent projet de loi.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

78) *Article 163*

Les auteurs proposent de moderniser et d'actualiser une partie des dispositions pénales.

Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'utilité de maintenir l'incrimination des omissions aux règles de la loi sur les sociétés commerciales comme délits correctionnels et même de constituer de nouvelles infractions pénales. S'il comprend que de telles omissions pourront et même devront constituer des infractions pénales, si elles concernent la foi que le public doit avoir dans les publications, notamment en matière de souscriptions publiques et de publications des bilans et autres informations intéressant les créanciers et étant susceptibles de troubler l'ordre public, il ne voit pas l'utilité de pénaliser des omissions de rapports internes qui ne servent qu'aux associés et obligataires. Il est d'avis que la mise en cause de la responsabilité personnelle des dirigeants des sociétés constitue une sanction beaucoup plus efficace qu'une action pénale.

Il demande par conséquent de reconsidérer ces dispositions pénales.

Sous réserve de cette observation, le Conseil d'Etat est d'avis que le directeur d'une SAS est à considérer comme dirigeant de la société.

79) *Article 168*

Il est proposé d'actualiser l'article 168 notamment en vue de la réforme en profondeur de la société à responsabilité limitée.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire, sauf qu'il se demande s'il faut vraiment ajouter tant à la fin du premier tiret que dans le texte du deuxième tiret la référence aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés anonymes derrière les articles qui se trouvent de toute façon dans les sections qui traitent de ces sociétés respectives et qui ne peuvent par conséquent être applicables qu'à ces formes de sociétés.

80) *Article 180-1*

Le Conseil d'Etat propose la suppression de ce texte qui est superfétatoire, car l'article 1865bis, alinéas 2 et suivants du Code civil, constitue une disposition générale qui s'applique de toute façon aux sociétés à responsabilité limitée.

D'un point de vue rédactionnel, le Conseil d'Etat demande la suppression du mot „également“ qui n'y a pas sa place, car la disposition antérieure énumère des articles qui ne sont pas applicables au type de société concerné.

81) *Article 181*

Après la proposition des auteurs de supprimer toute limitation du nombre des associés, un amendement parlementaire propose d'augmenter seulement la limite du nombre des associés à cent, comme

cela a été fixé dans l'article L. 223-3 du Code de commerce français. Cet amendement parlementaire est motivé par des considérations que le Conseil d'Etat approuve. Le Code de commerce français prévoit la sanction de la nullité de la société si, dans le délai d'un an, le nombre des associés n'est pas rentré dans la limite fixée par la loi ou si la société n'a pas été transformée en une autre forme permettant un tel nombre d'associés. Le Conseil d'Etat propose de prévoir également dans la loi luxembourgeoise une sanction appropriée.

La deuxième proposition est relative aux époux qui peuvent constituer une société à responsabilité limitée à condition de ne pas modifier les effets du régime matrimonial. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

82) Article 182

Les auteurs proposent que la société à responsabilité limitée peut aussi émettre des parts bénéficiaires qui devront cependant rester nominatives.

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la proposition, mais il recommande de rédiger l'ajout comme suit:

„Il peut être créé des titres non représentatifs du capital désignés ci-après comme parts bénéficiaires. Ces parts sont nominatives. Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés.“

La commission parlementaire propose d'amender le texte en vue de fixer le capital minimum à 12.000 euros et d'admettre aussi des parts sociales avec ou sans valeur nominale. Le Conseil d'Etat marque son accord avec l'indication du montant du capital minimum par un chiffre rond, le montant actuel résultant de la conversion du montant exprimé en francs luxembourgeois suivant les règles de la loi du 1er août 2001 relative au basculement en euro.

Il marque aussi son accord à voir préciser la dénomination des parts en parts sociales et avec l'introduction de la possibilité d'émettre des parts sociales sans valeur nominale, approche qui permet d'émettre dorénavant aussi des parts de valeur inégale.

83) Article 182bis

Les auteurs proposent d'introduire pour la société à responsabilité limitée la possibilité d'émettre des parts privilégiées sans droit de vote.

Le texte proposé fixe tant les occasions pour créer de telles parts, que les droits y attachés, les hypothèses exceptionnelles où les porteurs ont le droit de vote, les règles de leur conversion et celles fixant les conditions de présence et de quorum lors des assemblées générales.

Un amendement de la commission parlementaire propose une précision du texte à plusieurs endroits. Le Conseil d'Etat y marque son accord de principe, mais il ne comprend pas pourquoi l'endroit exact où la précision est censée être insérée est indiqué seulement au paragraphe 4. Il propose par conséquent d'indiquer aussi les alinéas correspondants des autres paragraphes, soit les paragraphe 2, alinéa 1er, paragraphe 3, alinéas 1er et 3, paragraphe 4, alinéa 1er et paragraphe 5, chaque fois l'alinéa 1er.

Des amendements proposent encore d'ajouter au paragraphe 2 les mots „ou du pair comptable“ après ceux de „valeur nominale“. Cet ajout s'impose suite à la proposition de pouvoir émettre des parts sociales sans valeur nominale.

Au paragraphe 3, point 2, il est proposé de préciser tout d'abord que cette hypothèse est donnée uniquement si un bénéfice disponible à cet effet existe, de réduire le délai du non-paiement de trois à deux ans et de limiter l'obligation du paiement à la valeur totale des dividendes à payer. Il s'agit d'édicter des règles identiques pour de tels titres dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés anonymes. Le Conseil d'Etat propose de suivre la suggestion faite par la Chambre de commerce de modifier les mots „porteurs de parts“ en „titulaires de parts“.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'autre observation à faire.

Il est encore proposé à l'endroit de l'alinéa 2 du paragraphe 4 de permettre à l'assemblée d'autoriser la gérance à déterminer le nombre maximum de parts à convertir et à fixer les conditions de conversion.

Si, en principe, le Conseil d'Etat peut marquer son accord, il reste cependant la question de l'information des titulaires de parts. Est-ce que l'assemblée peut lors de la même réunion autoriser d'abord la gérance à fixer le nombre et les conditions et à statuer par la suite sur la conversion? Pourra-t-elle négocier avec la gérance le nombre et les conditions avant de donner son accord? De quelle façon les

titulaires de parts seront-ils informés des intentions de la gérance, afin qu'ils puissent organiser, le cas échéant, leur présence ou donner les instructions nécessaires aux mandataires éventuels?

Le Conseil d'Etat est saisi normalement par les amendements contenus dans la lettre de saisine du président de la Chambre des députés et non pas par un texte coordonné qui ne constitue qu'un outil de travail et qui ne fait, en principe, pas l'objet ni d'un examen ni d'observations. Or, devant l'incompréhension du texte de l'amendement, le Conseil d'Etat a bien été obligé de rechercher les intentions des auteurs pour les découvrir finalement dans le texte coordonné.

Il s'agit partiellement d'adaptations à l'article 45, sauf un redressement grammatical et le déplacement de la dernière phrase de l'alinéa 3 dans un nouvel alinéa.

84) Article 183

Les auteurs imposent au notaire la vérification des conditions du paragraphe 1er ainsi que celles de l'article 184, alinéa 1er. Cette vérification devra donner plus de sécurité aux tiers.

Il est proposé d'introduire des parts sociales en industrie. Il est précisé ensuite que ces parts ne concourent pas à la formation du capital et qu'elles ne sont ni cessibles ni transmissibles. Elles restent donc attachées à la personne même de l'associé.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

D'un point de vue rédactionnel, il y a lieu de supprimer le pluriel et d'écrire „contrepartie“ dans le texte coordonné.

Des amendements de la commission parlementaire proposent de préciser au paragraphe 1er, point 3, que les parts sociales émises en contrepartie d'apports en numéraire doivent être entièrement libérées, sans préjudice de l'article 184, paragraphe 3.

Par cet amendement, l'obligation de la libération des parts sociales payées en numéraire se trouve supprimée. La société pourrait donc débiter sans capital libéré, car il n'y aura plus l'obligation de libération pour les parts sociales payées en numéraire et les apports en nature ne devront être libérés que dans un délai de 5 ans. Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à cet amendement, qui autorise la constitution d'une société sans capital disponible, ce qui est contraire notamment à la protection des droits des créanciers, et il propose l'ajout de la disposition dans une forme adaptée. Il ne comprend pas la raison pour laquelle la libération des apports en nature ne devrait pas être immédiate.

Il est aussi proposé de pouvoir prévoir une prime d'émission et de la rendre immédiatement payable.

Le dernier amendement ne propose qu'un redressement de renvoi qui ne demande pas d'observation.

85) Article 184

Au paragraphe 1er, les auteurs et la commission parlementaire proposent quelques redressements de texte qui ne demandent pas d'observation.

La commission parlementaire a cependant omis de proposer la suppression de la raison sociale à la fin du point 2, pour être conforme à sa proposition à l'endroit de l'article 6.

Le Conseil d'Etat a des difficultés pour saisir ce que les auteurs comprennent par organes chargés de la représentation à l'égard des tiers. L'article 191 dispose que les sociétés à responsabilité limitée sont gérées par un ou plusieurs mandataires associés ou non associés, salariés ou gratuits et l'article 191bis les qualifie de gérants, tout en disposant en son alinéa 4, que les restrictions apportées aux pouvoirs des gérants par les statuts ne sont pas opposables aux tiers.

Il n'y a par conséquent qu'un seul organe, même s'il peut être composé de plusieurs gérants. Chacun de ces gérants a la plénitude de la représentation à l'égard des tiers. Il semble dès lors inutile de fixer des règles pour déterminer le nombre et le mode de désignation des membres des organes chargés de la représentation à l'égard des tiers et de la gérance, puisque ce dernier organe est le seul qui existe légalement et encore il n'agit pas *in corpore* mais *ut singuli*.

Ce texte est donc à revoir.

La proposition de la commission parlementaire à voir supprimer au point 12 les mots „au moins“ ne demande pas d'observation. Le Conseil d'Etat se demande de toute façon quelle est la raison d'être

de l'exigence d'indiquer le montant approximatif des frais, dépenses et rémunérations et charges, sous quelque forme que ce soit, qui incombent à la société ou qui sont mis à sa charge en raison de sa constitution.

Dans le deuxième paragraphe, les auteurs posent la condition que les apports autres qu'en numéraire, qui sont désignés comme des apports en nature, ne peuvent être rémunérés par des parts représentatives de capital social que s'ils consistent en des éléments d'actif susceptibles d'évaluation économique, à l'exclusion des actifs constitués par des engagements concernant l'exécution de travaux ou de prestations de services. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Au troisième paragraphe, les auteurs proposent un délai de libération de 5 ans pour les apports en nature.

Ensuite, ils proposent de faire dresser préalablement un rapport descriptif de chacun des apports en indiquant les modes d'évaluation et les valeurs retenues. Ce rapport serait à dresser par des réviseurs d'entreprises, suivant les auteurs, et par des experts-comptables ou des réviseurs d'entreprises, suivant l'amendement parlementaire.

Le Conseil d'Etat se demande si un rapport de réviseur ou d'expert-comptable est vraiment utile, car, d'un côté, un éventuel risque de sous-évaluation n'est plus guère à craindre depuis l'abolition du droit d'apport et, d'un autre côté, une mauvaise évaluation sera découverte au plus tard lors de l'établissement du premier bilan, qui sera soumis au contrôle d'un réviseur d'entreprises.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations précédentes à l'endroit du point 84.

D'un point de vue rédactionnel, il propose de remplacer 90% par „quatre-vingt-dix pour cent“.

A l'alinéa 4, il marque son accord à voir ajouter les mots „au pair comptable“ après „valeur nominale“.

85bis) Article 185

La modification proposée ne donne pas lieu à observation.

86) Article 185bis

Ce texte est le pendant de la proposition de texte de l'article 38. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

86bis) Article 186

Un amendement parlementaire propose d'ajouter à l'alinéa 1er *in fine* les mots „de son entreprise“.

Le Conseil d'Etat constate tout d'abord que cet article permet encore la désignation d'une société à responsabilité limitée sous une raison sociale comprenant les noms d'un ou de plusieurs associés, alors que la commission parlementaire a proposé la suppression de la raison sociale pour toutes formes de sociétés en la remplaçant par la „dénomination sociale“. Le texte est donc à revoir.

En ce qui concerne l'amendement proprement dit, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

87) Article 187

Les auteurs proposent d'autoriser aussi l'emploi du sigle SARL pour indiquer la forme de la société.

Un amendement parlementaire exige que l'indication de la forme de la société soit „reproduite lisiblement, placée immédiatement avant ou après la dénomination sociale“.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation particulière à faire, sauf qu'il est à se demander de quelle façon pourront être sanctionnées les nombreuses sociétés qui reproduisent sur leurs papiers d'affaires l'indication de la forme sociale en dessous de la dénomination sociale. Il propose par conséquent la suppression des mots „...“, placés immédiatement avant ou après ...“.

La Chambre de commerce propose encore la suppression du point 5 qui indique le montant du capital social.

Cette indication semble effectivement constituer une exigence largement méconnue et dès lors fréquemment omise sur les papiers d'affaires et autres. Aucune sanction n'est prévue en cas d'omission. Le Conseil d'Etat peut par conséquent suivre la Chambre de commerce dans sa suggestion d'ajouter l'indication obligatoire de la forme sociale.

88) *Article 188*

Suite à la modification proposée à l'endroit de l'article 11*ter*, cette adaptation du texte s'impose.

89) *Article 189*

Les auteurs proposent de modifier la réglementation des cessions de parts sociales. La commission parlementaire propose elle aussi des modifications.

Il est en particulier prévu de laisser l'assemblée générale statuer sur les projets de cession conformément à l'article 193.

Dans les sociétés à responsabilité limitée unipersonnelles, l'article 200-2 est applicable, car en cas de parts bénéficiaires les statuts pourraient accorder un droit de vote aux titulaires de ces titres pour voter sur les cessions de parts sociales. Les titulaires de parts privilégiées non représentatives du capital ne semblent pas être concernés par les cessions.

Ces règles sont étendues aux cas de constitution d'un usufruit ou de cession de la nue-propriété ou de l'usufruit.

Il est proposé d'organiser la procédure pour obtenir l'agrément de l'assemblée générale. Elle prévoit la notification à la société et à chacun des associés de son intention de cession ou de constitution d'un usufruit et le nombre de parts sociales concernées par l'opération avec indication de l'identité du ou des cessionnaires, nus-propriétaires ou usufruitiers. Les associés disposent alors d'un délai de trois mois pour répondre, sous peine de voir la cession projetée acquise.

Comme la décision concernant l'agrément est prise en assemblée générale des associés, c'est bien la société qui doit donner son accord et non les associés *ut singuli*. Le Conseil d'Etat se demande pourquoi il serait nécessaire de notifier le projet aux associés, du moment que la réponse doit venir de la société. Il propose de supprimer la notification aux associés, car en cas de notification de l'intention de cession, il appartient de toute façon à la société d'organiser soit un vote circulaire par écrit, soit la convocation d'une assemblée générale.

La commission parlementaire propose la suppression des alinéas 3 à 6 d'un article qui n'en comporte que 5.

En cas de refus d'agrément, les parts sociales deviennent de toute façon incessibles, ce qui est contraire aux principes généraux du droit, car le contrat de société comme tout autre contrat doit permettre une sortie. Même dans les sociétés qui prévoient une incessibilité, celle-ci ne peut être que temporaire. Le Conseil d'Etat doit donc s'opposer formellement à cet amendement. L'argument de l'*intuitu personae* ne vaut pas dès lors pour une société hybride où l'élément capital prévaut sur l'élément personnel.

En ce qui concerne le délai, le Conseil d'Etat propose de le faire débiter au moment de la notification à la poste et non à la remise à la société ou à l'associé, car cette date ne doit pas être connue par l'expéditeur.

Le paragraphe 2 reprend les dispositions actuelles, sous réserve de quelques modifications de texte et l'ajout du partenaire.

90)

Article 190bis

Cet article fixe les cas où la société à responsabilité limitée peut racheter ses propres parts sociales.

La commission parlementaire propose des amendements afin d'adapter cette réglementation à celle concernant les sociétés anonymes.

Le Conseil d'Etat peut suivre ce raisonnement, mais il se demande pourquoi les dispositions de l'article 49-2 n'ont pas été intégralement reprises *mutatis mutandis*, notamment puisque le texte proposé ne comprend pas de limite quant au nombre de parts sociales à acquérir et est ainsi susceptible de modifier la composition du capital social.

Le Conseil d'Etat se demande en outre comment cette décision des associés devra être prise. Normalement, une décision des associés qui oblige le ou les gérants doit être prise dans les formes prescrites par l'article 193. La loi ne connaît pas d'autre prise de décision de sorte qu'il y a lieu de préciser le texte sous examen.

Ensuite et afin de respecter l'égalité des associés, il faut que la loi fixe définitivement les conditions de l'autorisation, c'est-à-dire sans possibilité de prévoir des conditions différentes suivant la partie qui projette une cession. Le mot „notamment“ est par conséquent à supprimer.

Le Conseil d'Etat suggère de supprimer aussi la conjonction „et“ après les mots „... est accordé ...“ et de mettre les mots „qui ne peut excéder cinq ans“ entre des virgules.

Le texte proposé exige la fixation des contrevaleurs minimales et maximales des parts sociales. Le Conseil d'Etat a des difficultés pour suivre la commission parlementaire sur ce point, car il est évident que cette décision sera connue par la partie cédante, qui exigera évidemment la limite supérieure du prix autorisé. Il se pose par conséquent la question de l'utilité d'indiquer une telle marge.

Il est encore prévu d'ajouter un paragraphe 2 qui autorise l'acquisition sans respecter les conditions du paragraphe 1er ci-avant, si l'acquisition est nécessaire pour éviter à la société un dommage grave et imminent. Faute de précision quant à la nature de ce dommage, le Conseil d'Etat propose la suppression de ce paragraphe, car les exemples cités dans les commentaires sont sans aucune utilité faute d'obligation de cession qui pourra être imposée au concurrent ou à l'associé gênant.

Si le Conseil d'Etat n'était pas suivi dans sa demande de suppression, il propose de biffer la virgule devant le mot „ainsi“ du deuxième alinéa.

Le texte proposé pour le troisième paragraphe est le pendant du nouvel alinéa 1er du paragraphe 3 de l'article 49-2. Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations relatives au point 26 ci-avant.

Quant à la proposition de supprimer le point 2 du paragraphe 1er du texte du projet de loi, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations *sub* point 26 ci-avant.

La sanction prévue au paragraphe 2 du projet de loi sera reprise dans les articles amendés qui suivent.

Article 190ter

Le texte du projet gouvernemental a été remplacé par un amendement de la commission parlementaire, qui reprend *mutatis mutandis* les dispositions de l'article 49-3.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'autre observation à faire que celle concernant l'indication de la sous-numérotation du paragraphe 1er, qui reprend celle de l'article 49-3, alors que les autres articles concernant la société à responsabilité limitée contiennent comme sous-numérotation les chiffres 1, 2, *etc.*

Article 190quater

L'article amendé étant une transposition *mutatis mutandis* des articles 49-4 et 49-5, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire.

Article 190quinquies

Sans observation quant au texte de l'article amendé.

Article 190sexies

Le Conseil d'Etat n'a pas d'autre observation à faire que celle concernant l'intervention obligatoire d'un juge pour fixer le prix de rachat des parts sans droit de vote. Comme il est dans l'intention de la commission parlementaire d'éviter pour autant que possible l'intervention du juge, cet article serait à redresser en conséquence.

Article 190septies

D'un point de vue rédactionnel, le chiffre 309 est à faire précéder par les mots „l'article“.

Article 190octies

Sans observation quant au texte amendé.

91) Article 191

Sans observation quant au texte amendé.

92) Article 191bis

Le Conseil d'Etat peut marquer son accord avec le texte amendé des alinéas 1er à 4 du paragraphe 1er.

Il donne à considérer que le terme „collège“ constitue un terme impropre, comme cela est relevé à juste titre par les auteurs du projet de loi. Un collège agit normalement comme tel vers l'extérieur et la disposition suivant laquelle chaque gérant représente la société à l'égard des tiers et en justice est contraire à ce qui est communément compris par ce terme, L'intention des auteurs n'étant pas de modifier la représentation de la société vers l'extérieur, le Conseil d'Etat propose d'écrire: „... en cas de pluralité de gérants, ceux-ci délibèrent suivant la règle des collèges“ ou d'utiliser le terme de „comité“.

Quant à l'amendement de l'alinéa 5, le Conseil d'Etat s'y oppose formellement. En effet, l'ajout de l'opposabilité des limitations de pouvoirs dans les actes vide la disposition de l'alinéa 2 de toute portée. L'assimilation de la société anonyme aux sociétés à responsabilité limitée ne doit pas aller jusqu'à faire de cette dernière forme de société plus qu'une façade et jusqu'à réduire l'élément personnel de cette forme de société à sa portion congrue. Il y a une incohérence entre les textes des alinéas 2 et 5.

Le Conseil d'Etat ne peut pas marquer son accord avec le texte qui autorise de façon générale la prise de décision par le „collège“ de gérance par voie circulaire sous la condition de l'unanimité.

La prise de décision par écrit doit rester une exception, car le premier alinéa du paragraphe 1er (dans la version proposée par le Conseil d'Etat) statue clairement que les gérants délibèrent suivant la règle des „collèges“. Il ne faut par conséquent pas autoriser le recours aux décisions écrites, fût-ce à l'unanimité, de façon extensive, car ce serait dénaturer la fonction même du „collège“.

Le Conseil d'Etat pourrait cependant s'accommoder de la version de l'article 521 du Code des sociétés belge relatif au conseil d'administration des sociétés anonymes qui réduit cette prise de décision à des cas exceptionnels dûment justifiés par l'urgence et l'intérêt social.

Il n'a pas d'observation à faire quant au texte amendé du paragraphe 3.

Il a des difficultés pour comprendre le sens du texte du paragraphe 4, qui est censé introduire par la voie législative un gérant délégué à la gestion journalière. Si l'alinéa 2 du paragraphe 1er dispose que chaque gérant représente la société à l'égard des tiers et en justice et que l'alinéa 2 du paragraphe sous examen retient que les restrictions, – terme qui devrait être modifié en „limitations“ si on veut suivre jusqu'au bout les intentions de la commission parlementaire exprimées à l'endroit de l'alinéa 4 du paragraphe 1er –, apportées à leur pouvoir de représentation pour les besoins de la gestion journalière, ne sont pas opposables aux tiers, la disposition concernant le gérant-délégué ne peut avoir d'effet que dans les rapports internes au collège. Un règlement d'ordre intérieur pourrait par conséquent régler les rapports entre les membres du „collège“ de gérance.

L'alinéa 3 de ce paragraphe contredit l'alinéa qui le précède. En effet, si l'alinéa 2 dispose que l'attribution des pouvoirs de gestion journalière à un ou plusieurs gérants ne peut rendre opposables aux tiers les limitations qu'une telle décision entraîne nécessairement pour les autres gérants, même si elles sont publiées, l'alinéa 3 dispose que la clause concernant la gestion journalière serait opposable dans les conditions de l'article 9.

Or, le paragraphe 4 sous examen reprend textuellement l'alinéa 1er de l'article 60 de la loi sous revue et autorise la délégation journalière non seulement à un gérant mais également à un directeur ou autre agent, associé ou non. Il se pose la question du statut de ces personnes. Sont-elles mandataires ou salariés? Les principes de la responsabilité sont différents suivant le statut.

Devant ce cafouillage de dispositions contradictoires et l'extension démesurée du nombre de personnes qui peuvent engager la société, le Conseil d'Etat doit constater que cette forme de société perd de plus en plus son caractère de société de personnes et il propose de conserver les principes valables tant dans les législations belge que française et de maintenir en tant qu'organe de la société uniquement le ou les gérants ayant la plénitude des pouvoirs à l'égard des tiers et de la justice.

La distribution des compétences entre les différents gérants ne pourra avoir d'effet que dans le cadre interne du „collège“. Une délégation de la gestion journalière à une personne autre qu'un gérant lui paraît contraire aux principes de cette forme de société et constitue une dilution de la responsabilité des gérants.

Le paragraphe 5 a pour but d'assimiler la société à responsabilité limitée encore plus à la société anonyme en autorisant la délégation de ses pouvoirs à un comité de direction, qui constitue un nouvel organe à côté du collège de gérance. Seuls la politique générale de la société et l'ensemble des actes réservés à la gérance par la loi seraient exclus de cette délégation. Le comité exerce ses pouvoirs de manière exclusive, mais la gérance est chargée de le surveiller. Il est difficile de comprendre comment une gérance peut surveiller un comité qui exerce ses pouvoirs de manière exclusive. En plus, cette

délégation pourrait comporter le pouvoir de représentation de la société à l'égard de tiers. L'instauration d'un tel comité de direction et la délégation du pouvoir de représentation seraient opposables dans les conditions de l'article 9. Le Conseil d'Etat est d'avis que cette disposition enlève tout élément personnel à la société à responsabilité limitée qui devient une vraie société de capitaux à façade de société de personnes.

Le paragraphe 6 met la cerise sur le gâteau. Après avoir dit et répété tout au long de l'article sous revue que tous les gérants et autres désignés peuvent engager la société à l'égard des tiers et en justice, ce paragraphe énumère encore une fois toutes les personnes qui peuvent engager la société. Ces personnes sont les gérants et le gérant ayant qualité pour représenter la société conformément au paragraphe 1er, alinéa 4, (comme s'il ne faisait pas déjà partie des gérants,) les membres du comité de direction et le (simple) délégué à la gestion journalière. Cet article est pour le moins superfétatoire. Mais, il faut remarquer que ces dernières personnes, qui ne doivent être ni gérant ni associé, peuvent engager la société même pour des actes dépassant l'objet social. Ceci ne se trouve même pas dans la version actuelle de l'article 60 de la loi modifiée du 10 août 1915.

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à ces deux paragraphes qui dénaturent le fonctionnement de la société à responsabilité limitée.

Il n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement de la commission parlementaire qui ajoute le paragraphe 7.

Pour le surplus, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations concernant l'article 60-1 ci-avant.

93) Article 192

Au regard des observations à l'endroit de l'article qui précède, le Conseil d'Etat exige la suppression de cet ajout.

94) Article 193

Le Conseil d'Etat se demande si une assemblée générale ne doit pas aussi délibérer obligatoirement sur les dispositions des parts sociales prévues à l'article 189. Pour le reste, il marque son accord avec le texte amendé proposé.

94bis) Article 195

Sans observation.

95) Article 195bis

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations *sub* point 44 relatif à l'article 67bis.

96) Article 196

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire concernant le texte amendé.

97) Article 196bis

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations relatives à l'article 68 ci-avant. Il s'oppose formellement au texte sous examen.

L'amendement de la commission parlementaire entend notamment supprimer le droit des associés à une copie du rapport sur la justification détaillée des modifications des droits respectifs des différentes catégories d'actions ou du remplacement des parts sociales ou parts bénéficiaires d'une catégorie par celle d'une autre. Le Conseil d'Etat ne peut pas marquer son accord avec cette disposition, car il est d'avis que tous les associés, quelle que soit la catégorie ou la nature de leurs parts, doivent être informés pleinement sur les décisions à prendre, ceci d'autant plus qu'il est possible de tenir des assemblées générales par voie circulaire. Le Conseil d'Etat comprend d'autant moins ces restrictions à l'exercice éclairé de leur droit de vote que les moyens modernes de télécommunications permettent à tous les associés, qui le demandent, de suivre pratiquement en temps réel les évolutions et décisions de la société.

Il demande dès lors de compléter le texte en y ajoutant la possibilité d'envoyer les convocations et autres documents par d'autres moyens de transmission que la poste aux lettres, à condition de se ménager une preuve de la réception de tels courriers.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'autre observation à faire.

98) *Article 198*

Sans observation.

98bis) *Article 198bis*

Sans observation.

99) *Article 199*

La proposition des auteurs du projet de loi relative au changement de siège social ne donne pas lieu à observation.

Quant à l'amendement de la commission parlementaire, le Conseil d'Etat constate que le système démocratique exigeant une participation plus active des associés est restreint à chaque fois que cela est possible au motif que cette participation n'aurait plus lieu d'être et que la condition de majorité restante suffirait amplement. Le Conseil d'Etat jette le voile du doute sur cette motivation.

Il se demande si ce nouveau texte est vraiment nécessaire, alors qu'il permettra à l'associé majoritaire ou à une majorité de 75 pour cent de décider contre les associés minoritaires, ce qui pourrait être contraire à la protection des minorités que les auteurs du projet de loi prétendent renforcer. Il se demande encore si le texte actuel n'est pas assez souple pour donner satisfaction à l'associé ou aux associés regroupant 75 pour cent des parts.

100) *Article 200-2*

Les auteurs du projet de loi proposent d'autoriser l'associé unique à déléguer ses pouvoirs attribués à l'assemblée générale des associés.

Le Conseil d'Etat se demande si une telle modification s'impose vraiment, car la délégation de pouvoirs est de droit en matière civile et commerciale, sauf certaines restrictions attachées aux personnes.

101) (*supprimé*) *Articles 201bis et 201ter*

Un amendement parlementaire supprime les propositions des auteurs du projet.

102) *nouveau point 101*) *Article 263*

Renvoyant à son opposition formelle contre les propositions du point 46 relatives à l'article 68 et du point 97 relatif à l'article 196bis, le Conseil d'Etat réitère cette opposition formelle pour les mêmes motifs à l'endroit du texte sous examen.

Les mots „le cas échéant“ sont à supprimer de toute façon.

Le Conseil d'Etat fait encore remarquer que dans le texte coordonné, le point 102 est biffé *sub* point 101 et maintenu *sub* point 102. Comme la suppression semble constituer une erreur, le texte coordonné est à redresser en conséquence.

102) *Article 291*

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations *sub* point 102 (nouveau point 101) ci-avant.

103) *Article 293*

Sans observation.

104)

Articles 308bis-15, 308bis-16, 308bis-17, 308bis-18 et 308bis-19

Sans observation ni quant au texte gouvernemental ni quant aux amendements.

Article 308bis-20

Le Conseil d'Etat marque son accord avec le texte amendé. Il propose cependant d'écrire „... la nullité des décisions de l'assemblée générale ...“ pour mettre le texte en conformité avec le commentaire de l'amendement.

Article 308*bis*-21

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant au paragraphe 1er.

Quant au paragraphe 2, il en demande sous peine d'opposition formelle la suppression conformément à ses observations sous les points 46 et 97 relatifs aux articles 68 et 196*bis*.

Le paragraphe 3 ne donne pas lieu à observation, sauf que la grammaire impose, même en cas de reprise partielle d'un texte, que le participe passé du verbe „représenter“ soit accordé aux deux sujets qui le précèdent. Il faudra donc lire „... représentés“.

Quant au paragraphe 4, le Conseil d'Etat marque son accord avec l'alinéa 1er. Quant à l'alinéa 2, il propose d'ajouter la société en commandite simple. De plus, il propose d'insérer le mot „également“ à la fin de la phrase entre le mot „commanditaires“ et les mots „est requis“.

Quant aux paragraphes 5 et 6, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire ni quant au texte ni quant aux amendements.

Articles 308*bis*-22, 308*bis*-23 et 308*bis*-24

Sans observation ni quant au texte ni quant aux amendements.

Article 308*bis*-25

Le Conseil d'Etat rejoint le point de vue de la commission parlementaire et constate que le point 3 est partiellement incompréhensible à cause des mots „..., appliqués par analogie, ...“ (par analogie à quoi?) et „..., en tant que se référant à l'article 27, à l'exception du point 9) ...“, l'article 184, alinéa premier ne s'y référant nullement. Ce texte est à revoir.

Article 308*bis*-26

Sans observation.

Article 308*bis*-27

Le Conseil d'Etat critique la rédaction du texte. L'hypothèse prévue est que les statuts de la société en nom collectif prévoient la transformation de la société en cas de décès d'un associé en société par commandite simple. Cette transformation n'est cependant pas automatique, mais elle nécessite une décision des associés dans les formes, quorum et majorité prévus par la loi. Dans la nouvelle forme de société, les ayants cause ou certains d'entre eux auront la qualité de commanditaires.

Le texte devra partant être rédigé de façon à énoncer plus clairement la situation envisagée.

Le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à ce texte qui n'est pas complet, car il ne dit rien quant à ce qui se passe en cas de refus d'acceptation de la succession ou du legs par les ayants cause ou certains d'entre eux. Comme la société change de forme par le décès, elle devra continuer sous sa nouvelle forme entre les anciens associés restants, le cas échéant. S'il n'y a plus qu'un associé, la société devra être liquidée.

Le Conseil d'Etat se pose finalement la question de l'opposabilité de cette disposition aux tiers qui se verront privés de l'engagement indéfini et solidaire d'un associé.

105) Article 309

La commission parlementaire propose d'insérer à l'article 309 la société par actions simplifiée afin que cette forme de société soit également obligée de déposer ses comptes annuels et, le cas échéant, ses comptes consolidés au registre de commerce et des sociétés. Or, cet article ne traite pas de la publication mais de l'établissement de ces comptes. C'est l'article 75 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 et modifiant certaines autres dispositions légales qui impose le dépôt. Sous réserve de redresser le texte sous examen en conséquence, le Conseil d'Etat y marque son accord.

106) Article 339

La commission parlementaire propose d'ajouter à cet article un point f) indiquant l'offre publique. Comme toutes les sociétés ne font pas continuellement l'objet d'une telle procédure, le Conseil d'Etat propose de faire débiter ce point par les mots „le cas échéant, ...“.

Article III (Modification de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés)

Articles 68 et 69

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire ni quant au texte ni quant aux amendements relatifs aux articles 68 et 69 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 et modifiant certaines autres dispositions légales.

Bien que le texte de l'article 16 ne soit pas celui indiqué dans l'amendement, le Conseil d'Etat y marque son accord. Il signale cependant qu'il y a lieu d'accorder l'adjectif „social“ au sujet qui le précède.

Article IV (Habilitation pour constituer un Code des sociétés par voie réglementaire)

Le Conseil d'Etat peut rejoindre l'avis de la commission parlementaire quant à l'étendue trop large accordée au pouvoir exécutif en vue de la codification des dispositions de la loi modifiée du 15 août 1915.

Le droit luxembourgeois connaît une seule loi concernant les sociétés commerciales, une simple coordination à droit constant des dispositions de cette loi, telle que proposée par la commission parlementaire, lui semble suffisante.

Le Conseil d'Etat constate encore une erreur de renvoi dans l'alinéa 2. Il faudra lire „3^o“ au lieu de „4^o“.

Article V (Dispositions transitoires)

Le Conseil d'Etat propose dans le point 1 le déplacement de l'alinéa 2 après l'actuel alinéa 3 pour souligner que les modifications faites en vertu de cet alinéa devront aussi être publiées.

Il n'a pas d'observation à faire quant au point 2.

Quant au point 3, la commission parlementaire en propose la suppression sans commenter cette décision. Le Conseil d'Etat est d'avis qu'il y a lieu de le maintenir, car si le nouvel organe est introduit, il devra l'être par une nouvelle décision de l'assemblée générale, étant donné que cet organe est le seul à autoriser le conseil d'administration à déléguer une partie de ses pouvoirs.

Sous réserve de ses observations quant aux points 36 et 92 relatifs respectivement aux articles 60-1 et 60-2 et à l'article 191bis, le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant au texte du projet gouvernemental.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 23 février 2010.

*Pour le Secrétaire général,
L'Attaché premier en rang,
Yves MARCHI*

*Le Président,
Georges SCHROEDER*

