

**AVIS DU CONSEIL DE L'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU DE LUXEMBOURG
SUR LE PROJET DE LOI N° 8286
concernant la comptabilité, les états financiers annuels et les états financiers consolidés des
entreprises ainsi que les rapports y afférents et portant abrogation de la fonction de commissaire
en droit des sociétés**

(24 avril 2024)

Le Conseil de l'Ordre a pris connaissance du projet de loi n°8286 concernant la comptabilité, les états financiers annuels et les états financiers consolidés des entreprises ainsi que les rapports y afférents et portant abrogation de la fonction de commissaire en droit des sociétés.

A la date du présent avis, trois autres avis ont déjà été rendus :

- l'avis de l'Ordre des Experts-Comptables (OEC) (8286/01)
- l'avis de la Commission des Normes Comptables (CNC) (8286/02) et
- l'avis du Conseil d'Etat (CE) (8286/03).

I. Rapport du réviseur d'entreprises systématique pour les acomptes sur dividendes

Le projet de loi propose d'imposer aux sociétés anonymes, aux sociétés européennes et aux sociétés à responsabilité limitée « *procédant à un versement d'acomptes sur dividendes l'obligation – quelle que soit leur taille – de faire contrôler le respect des conditions par un réviseur d'entreprises* » (commentaires du projet de loi 8286 p. 137, *Ad point 11* et p. 138, *Ad point 23*).

Le Conseil de l'Ordre s'étonne que les auteurs du projet de loi ne donnent pas de justification pertinente à cette proposition, notamment au regard des conséquences importantes qu'une telle obligation engendre pour les entreprises concernées¹. A cet égard, le Conseil de l'Ordre rejoint l'incompréhension exprimée dans les avis du Conseil d'Etat (p. 11), de la Commission des Normes Comptables (p. 8) et de l'Ordre des Experts-Comptables (p.1) face à une telle obligation et les arguments y avancés.

S'agissant de « petites » entreprises non soumises à un contrôle de révision, le contrôle par un réviseur se limite, selon le texte actuel, à une simple vérification objective des conditions requises au versement d'un acompte sur dividendes et non à un contrôle qualitatif de l'information financière reprise dans l'état comptable servant à la détermination de l'acompte sur dividende.

En outre, le Conseil de l'Ordre rappelle que l'essence même de la procédure d'acompte sur dividendes est de permettre, sous réserve des garde-fous déjà existants (production d'états financiers, tests

¹ Le seul élément invoqué est la suppression de l'institution du commissaire, qui devrait prétendument faire place à un contrôle révisoral ; or, l'argument ne tient pas, car l'intervention du commissaire n'est pas nécessaire dans de nombreuses sociétés que ce soit lors de la déclaration d'un dividende ou de manière générale.



comptables) destinés à protéger les tiers, un versement rapide d'un dividende anticipé. Celui-ci fera ensuite l'objet d'une approbation définitive lors de l'assemblée générale annuelle et pour lequel aucun contrôle révisoral n'est requis.

Par conséquent, le Conseil de l'Ordre estime, qu'une obligation imposée aux « petites » entreprises de faire appel à un réviseur pour le seul cas d'un acompte sur dividendes alors qu'aucune obligation d'un contrôle de révision ne leur est applicable par ailleurs, y compris en cas de dividendes ordinaires approuvés par l'assemblée générale, serait lourde, coûteuse et injustifiée du point de vue de la qualité de l'information ou de la protection des tiers.

Le Conseil de l'Ordre renvoie également aux débats autour de l'obligation ou non d'imposer un contrôle révisable pour les acomptes sur dividendes dans les sociétés à responsabilité limitée qui ont déjà eu lieu à l'occasion du projet de loi n°5730 lequel a « officialisé » la possibilité de procéder à des acomptes sur dividendes dans les SARL². Les conclusions de l'époque sont toujours d'actualité.

Dès lors, le Conseil de l'Ordre s'inquiète que cette mesure, si elle est adoptée, risque d'avoir un effet néfaste sur l'attractivité des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée luxembourgeoises et constituerait un désavantage compétitif pour la place financière. Le Conseil de l'Ordre demande, en conséquence, le retrait de cette proposition du projet de loi de sorte que seules les entreprises soumises à un contrôle de révision obligatoire doivent faire appel à un réviseur en cas de versement d'acompte sur dividendes et, le cas échéant (voir point II infra) au commissaire.

II. Suppression du commissaire aux comptes/conseil de surveillance

Le projet de loi envisage de supprimer la fonction de commissaire aux comptes en tant qu'organe de surveillance dans les sociétés anonymes, sociétés par actions simplifiées et sociétés à responsabilité limitée et, de son équivalent, le conseil de surveillance, dans les sociétés en commandite par actions, mais de conserver le commissaire à la liquidation, sans d'ailleurs justifier ce choix. Les auteurs du projet exposent différentes raisons à cette suppression. Il s'agirait d'un organe « désuet », « vestige d'un passé lointain » (exposé des motifs, paragraphe 9, p. 12 et suivantes), pouvant susciter l'incompréhension des investisseurs étrangers, voire une confusion avec des fonctions différentes, mais aux appellations proches, existantes en France et en Belgique (exposé des motifs, p. 14). Tout ceci aurait un impact négatif sur la « crédibilité » et la « réputation » du Grand-Duché. Les auteurs du projet indiquent également que « *se pose la question de l'utilité de la fonction du commissaire* », sans expliquer, pourtant, en quoi l'utilité de cet organe serait, aujourd'hui, mise à mal.

Le Conseil de l'Ordre ne peut adhérer à la plupart de ces arguments.

² Voir notamment P. RECKINGER et P. SCHLEIMER, « *Le régime de la S.A.R.L sous l'influence de la SA* » dans Cent ans de droit luxembourgeois des sociétés, Larcier, 2016, p. 436 : les auteurs indiquent que le projet de loi 5730 va trop loin en appliquant purement et simplement aux sociétés à responsabilité limitée les dispositions concernant les sociétés anonymes et en particulier l'exigence de l'intervention du réviseur d'entreprises pour vérifier que les conditions prévues sont remplies. Ils qualifient l'exigence de vérification par le commissaire ou le réviseur d'entreprises de « véritable alourdissement ».



Le projet de loi semble, en effet, ne pas tenir compte de la véritable nature de l'institution du commissaire, qui est un organe de la société et dont le rôle va bien au-delà du simple contrôle des comptes. Le commissaire est un organe social qui agit comme un contre-pouvoir à l'organe de gestion. A ce titre, le commissaire dispose de prérogatives conférées par la loi, destinées à assurer une information adéquate des actionnaires ainsi que leur protection (notamment les actionnaires minoritaires) contre d'éventuels excès de pouvoir de l'organe de gestion grâce, notamment, à sa surveillance de l'organe de gestion. Ainsi, le commissaire a un droit de regard sur les documents sociaux (et non pas uniquement sur les documents comptables)³ ; l'organe de gestion rapporte au commissaire⁴, qui peut également le consulter⁵ ; il rend des rapports permettant aux actionnaires de s'assurer que les propositions de l'organe de gestion sont conformes au droit et ne mettent pas en danger les finances de la société⁶ ; le commissaire a le droit de convoquer des assemblées générales⁷.

Le commissaire peut s'avérer être un outil indispensable dans la structuration de la gouvernance d'une entreprise, notamment pour les entités réglementées dans lesquelles son rôle de surveillance prend particulièrement du sens, y compris aux yeux des régulateurs. Les statuts peuvent étendre le rôle du commissaire au-delà de ses prérogatives légales, en imposant, p.ex., que le commissaire soit consulté, voire même, dispose d'un droit de veto, dans certaines matières. Certes, il est possible d'instaurer un régime de contrepoids contractuel en ayant recours, p.ex, à des comités *ad hoc* pour décider d'un point ou à des matières réservées aux actionnaires mais l'avantage du commissaire reste qu'il s'agit d'un organe social, dont le régime (notamment de responsabilité) est organisé par la loi, ce qui lui confère un poids et une légitimité plus importants.

Dans leurs avis, la Commission des Normes Comptables ainsi que l'Ordre des Experts-Comptables, bien que favorables au maintien du commissaire, font une série de propositions qui, de l'avis du Conseil de l'Ordre, ne feraient que dénaturer la fonction du commissaire pour y substituer un organe de pur contrôle des comptes dont la pertinence reste incertaine.

En effet, il n'est pas plus souhaitable de supprimer cette fonction, que de « *cantonner (...) la mission du commissaire à un contrôle strictement comptable* » (avis de la CNC 8286/02, p. 2), alors que la fonction du commissaire perdrait ainsi la majorité des attraits qui la caractérise. De la même manière, il n'est pas non plus souhaitable d'imposer que cette fonction soit assurée par un corps professionnel particulier (experts-comptables ou réviseurs d'entreprises). Certes, ces professionnels ont toutes les qualifications nécessaires pour assurer le contrôle des comptes, mais les ont-ils systématiquement pour remplir, ou voudront-ils prendre la charge et la responsabilité d'assurer, le reste des fonctions du commissaire telles que nous le connaissons? Le Conseil de l'Ordre estime que les qualifications

³ Art. 443-2 LSC : livres, correspondance, procès-verbaux, écritures.

⁴ Art. 443-2 LSC : l'organe de gestion remet un inventaire chaque semestre au(x) commissaire(s).

⁵ Art. 600-8 LSC (SCA).

⁶ Rapport à l'assemblée sur l'assistance financière (art. 430-20 LSC), rapport sur l'acompte sur dividendes dans les SA et les SARL (art. 461-3 LSC et 710-25) et vérifications à effectuer concernant certaines décisions de l'assemblée des obligataires (art. 470-13 LSC).

⁷ Dans les SA : assemblée générale des actionnaires (art. 450-8 LSC), assemblée des obligataires (art. 470-9 LSC) et assemblée dans les SARL (art. 710-21 LSC).

souhaitables sont à déterminer par les actionnaires, au cas par cas selon, le cas échéant, l'objet de la société, son activité, la structure de son actionnariat et le type de gouvernance souhaité par celui-ci.

Enfin, une disparition du commissaire de la loi imposerait, aux sociétés qui ont nommé un commissaire et qui souhaitent le maintenir, de modifier leurs statuts et, pour celles qui ont étendu le rôle du commissaire à d'autres prérogatives, de restructurer leur gouvernance sur une base contractuelle et non prévue par la loi. Cette fonction n'aurait donc plus le même poids ni la même assise qu'auparavant, ce qui, encore une fois, serait préjudiciable aux actionnaires (sans compter les coûts engendrés).

Le Conseil de l'Ordre propose dès lors de maintenir le régime actuel du commissaire/conseil de surveillance dans son intégralité et ce, à titre supplétif, pour les sociétés qui choisissent de nommer un commissaire/conseil de surveillance. Ainsi, toutes les dispositions relatives au commissaire/conseil de surveillance que le projet de loi propose de supprimer, devront être maintenues et adaptées afin de prévoir qu'elles ne seront applicables qu'aux sociétés qui auront nommé un commissaire/conseil de surveillance, les autres sociétés en étant dispensées.

Le commentaire des articles prévoit actuellement que les dispositions de la nouvelle loi comptable s'appliquent aux exercices comptables commençant à partir du 1^{er} janvier 2025 (commentaire p.146 du projet de loi 8286, sous Ad article 900-10).

Le Conseil de l'Ordre propose d'insérer une disposition transitoire ayant la teneur suivante :

« Les mandats des commissaires aux comptes et des membres du conseil de surveillance, selon le cas, des sociétés qui, au 1^{er} janvier 2025, ont un commissaire aux comptes ou un conseil de surveillance, continuent jusqu'à ce qu'une assemblée générale délibérant à la majorité simple se prononce soit sur le maintien de la fonction du commissaire ou de conseil de surveillance conformément aux dispositions légales et statutaires applicables soit sur le non maintien de la fonction du commissaire ou du conseil de surveillance au sein de la société, auquel cas lesdits mandats cesseront automatiquement et toutes les dispositions statutaires ou contractuelles afférentes seront réputées non-écrites et cesseront de s'appliquer, avec effet à la date de l'assemblée générale. »

Bien évidemment, un dépôt au Registre de Commerce et des Sociétés afin d'informer les tiers serait nécessaire. La loi et le règlement grand-ducal encadrant les dépôts au Registre devraient être modifiés sur ce point.

III. Obligation d'audit pour les « grandes holdings »

Le projet de loi propose de faire contrôler par un réviseur d'entreprises agréé les comptes annuels des « grandes holdings », c'est-à-dire celles dont le bilan est supérieur à EUR 500 millions⁸ (art. 350 (1) du projet de loi 8286) sans toutefois, devoir préparer un rapport de gestion. Les auteurs du projet de loi indiquent vouloir « cibler les entreprises les plus risquées pour lesquelles un régime comptable plus

⁸ Cette proposition concerne les SA/SAS/SCA/SARL/SE/SCOP/SCOPE/SNC et SCS (mais pas les SCSp).

exigeant serait véritablement adéquat » (exposé des motifs, p. 7), sans, toutefois, expliquer en quoi consiste le risque.

Les entreprises holding sont généralement catégorisées en « petites entreprises » dans la mesure où elles ne dépassent pas deux des trois critères prévus pour le passage dans les catégories supérieures des moyennes ou des grandes entreprises. Il convient de relever que la directive 2013/34/UE a introduit explicitement au sein de son article 3, paragraphe 12, la possibilité pour les États membres d'exiger l'inclusion de produits provenant d'autres sources (par exemple : produits financiers) pour les entreprises pour lesquelles le « chiffre d'affaires net » n'est pas pertinent. La directive permet également d'exiger que les entreprises mères calculent – aux fins de catégorisation – leurs seuils sur une base consolidée plutôt que sur une base individuelle. Les auteurs du projet de loi ont donc choisi de ne pas faire usage de cette option prévue par la directive 2013/34/UE alors qu'ils considèrent qu'elle pourrait aboutir à une situation « *disproportionnée en créant une obligation réglementaire potentiellement excessive par rapport au risque réellement induit par les activités d'une majorité d'entreprises holding qui ne réalisent souvent qu'un volume restreint de transactions et des activités intra-groupe sans relation substantielle avec des tiers* » (exposé des motifs, p. 7).

Le Conseil de l'Ordre questionne tout d'abord le choix de ne pas appliquer une option prévue par la directive et de proposer en lieu et place des critères non prévus au niveau européen. Il questionne ensuite l'objectif de l'extension du contrôle des comptes annuels aux « grandes holdings » : si ce n'est pas la protection des tiers qu'il faut renforcer, quel est donc le but recherché ?

Le Conseil de l'Ordre estime que les coûts associés et la charge administrative supplémentaire ne sont pas souhaitables au vu du peu de bénéficiaires que pourraient apporter une telle mesure.

L'Ordre des Experts-Comptables propose d'exclure les grandes holdings en cascade de cette obligation (avis de l'OEC 8286/01, p. 3) car les données financières de ces sociétés holdings intermédiaires « *ne présentent que peu d'attrait et peu d'intérêt* ». Le Conseil d'Etat exprime un avis similaire (avis du CE 8286/03, p. 9).

L'Ordre des Experts-Comptables relève par ailleurs, à raison, (avis de l'OEC 8286/01, p. 3) que le projet de loi « manque de précision » quant à la manière de qualifier l'activité principale de holding tout comme le Conseil d'Etat (avis du CE 8286/03, p. 5) qui questionne également le mode de vérification du seuil de EUR 500 millions (avis du CE 8286/03, p. 7).

Si le législateur décidait, malgré les arguments avancés, d'imposer l'obligation d'audit pour les grandes holdings, le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il faudrait alors définir strictement la nature des éléments à prendre en considération dans la définition de « entreprise holding » de l'article 100-1 point 20 du projet de loi.



IV. Établissement et dépôt des états financiers pour certaines sociétés en commandite spéciales (SCSp) et du solde des comptes pour les autres SCSp

Le projet de loi prévoit désormais l'obligation pour les SCSp de tenir une comptabilité selon le plan comptable normalisé (PCN) (art. 200-1 du projet de loi 8286) mais dispense les SCSp de se conformer aux dispositions régissant l'établissement des états financiers (paragraphe 2 de l'art. 310-1(1)2° du projet de loi 8286 et commentaires p. 96 et 97 du projet de loi 8286 sous *Ad. article 200-10* et *Ad. article 310-1, Ad paragraphe 1^{er}*) sauf en ce qui concerne les SCSp qui sont des (i) entreprises du secteur des assurances, établissements de crédit et autres entités soumises à la surveillance prudentielle de la CSSF (y compris les OPC, FIS, SICAR) à l'exception des PSF de support, entreprises établissant leurs états financiers annuels suivant les normes IFRS, (ii) sociétés de titrisation non réglementées et (iii) fonds d'investissement alternatifs réservés (FIAR), qui elles sont soumises à l'obligation d'établir des états financiers (art. 310-1 du projet de loi 8286 et commentaire p. 97 sous *Ad. article 310-1*) suivant le PCN et l'ensemble des dispositions régissant l'établissement des états financiers du Titre III du projet de loi, sauf dérogation en vertu de lois sectorielles (art. 310-1(2) du projet de loi 8286) (notamment les établissements de crédit et les entreprises du secteur des assurances auxquels s'appliquent les lois comptables sectorielles de 1992 et de 1994 (art. 310-1(1)2° et commentaire p. 97 du projet de loi 8286 sous *Ad. article 310-1, Ad paragraphe 1er*) et les lois OPC, FIS, SICAR, FIAR (commentaire p. 97 du projet de loi 8286 sous *Ad. article 310-1, Ad paragraphe 2*).

De même, les SCSp soumises à l'obligation d'établir des comptes annuels suivant les dispositions du Titre III du projet de loi devront déposer leurs états financiers au RCS (art. 370-1 du projet de loi 8286, commentaires p. 123) alors que les autres SCSp devront désormais déposer leur solde de comptes au RCS (art. 310-1(1) et art. 370-1(3) du projet de loi 8286). Le Conseil de l'Ordre comprend qu'il s'agit là d'un dépôt administratif (art. 370-2 du projet de loi 8286), non accessible au public (art. 370-3 du projet de loi 8286 et commentaire p. 96 du projet de loi 8286 sous *Ad. article 200-10*), sans obligation de faire approuver le solde des comptes par les actionnaires (art. 370-1(3) du projet de loi 8286) ni d'obligation de publication de celui-ci (art. 370-5 du projet de loi 8286) et donc non soumis aux sanctions applicables à l'absence de dépôt et de publication des états financiers annuels.

Les auteurs du projet de loi indiquent «[...] *qu'au vu du besoin en données financières à des fins notamment statistiques [s'agissant des sociétés en commandite spéciales (SCSP)] , il a été proposé de les soumettre au PCN en tant qu'outil de collecte de données financières à des fins administratives (données non accessibles au public). Parallèlement, il a été proposé de dispenser la grande majorité des SCSp du titre III relatif à l'établissement et au dépôt d'états financiers annuels. Sauf exceptions, les SCSp conservent ainsi toute liberté dans le choix de leur référentiel comptable. En revanche, ces SCSp devront déposer annuellement leur solde des comptes repris au PCN.* » (p. 96 des commentaires du projet de loi 8286).

Le Conseil de l'Ordre comprend que la mesure a pour objectif d'assurer un certain *reporting* financier à des fins statistiques uniquement (voir art. 370-2 du projet de loi 8286) et vient pallier l'absence du règlement grand-ducal visé à l'article 76 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés (cet article sera abrogé au paragraphe 4 de l'article 900-1 du projet de loi 8286) qui prévoyait déjà un tel *reporting* : [...] (2) *Les sociétés en commandite spéciale déposent auprès*

du registre de commerce et des sociétés une information financière à des fins statistiques pour laquelle la procédure de dépôt, la forme et le contenu sont déterminés par règlement grand-ducal. Cette information financière est transmise par le registre de commerce et des sociétés au STATEC. ».

Le Conseil de l'Ordre comprend que le « solde des comptes » est défini à l'article 1 du règlement grand-ducal du 12 septembre 2019 déterminant le contenu du plan comptable normalisé visé à l'article 12 du Code de commerce comme « *la balance générale des comptes d'imputation après inventaire, avant virement pour solde des comptes de charges et de produits et avant affectation du résultat de l'exercice, synthétisant en date de clôture d'exercice l'ensemble des comptes du grand-livre et faisant apparaître pour chacun desdits comptes le solde net débiteur ou créditeur* ».

Le Conseil de l'Ordre considère qu'il serait utile de définir le solde des comptes à l'article 1 du projet de loi par renvoi à l'article 1 du règlement grand-ducal du 12 septembre 2019 déterminant le contenu du plan comptable normalisé, tel que modifié.

Le Conseil de l'Ordre comprend que, s'agissant des sociétés en commandite simple (SCS), les obligations en matière d'états financiers, de dépôt et de publication restent inchangées en ce que les SCS:

- sont tenues d'établir une comptabilité conformément au PCN et aux dispositions régissant l'établissement des états financiers du Titre III du projet de loi (art. 200-1 et suivants et art. 310-1 et suivants du projet de loi 8286), à l'exception des SCS qui remplissent les critères du paragraphe 3 de l'art. 200-3(2) et qui peuvent tenir une comptabilité simplifiée (les SCS dont l'associé commandité est lui-même une société dont la responsabilité est limitée ne remplissent pas l'un des critères) ;
- peuvent établir leurs états financiers annuels sous IFRS (art. 330-1 et suivants du projet de loi 8286) ;
- doivent déposer et publier (art. 370-1(1) et art. 370-5 du projet de loi 8286) leurs états financiers annuels ainsi que, le cas échéant, les rapports y afférents auprès du RCS dans le mois de leur approbation et au plus sept mois après la date de clôture de l'exercice social.

V. Approbation des comptes consolidés

Le Conseil de l'Ordre remarque que le libellé de l'article 470-1 du projet de loi 8286 porte à croire que les comptes consolidés doivent être approuvés par l'assemblée générale en ce qu'il prévoit que « *les entreprises visées à l'article 410-3 publient, dans le mois de leur approbation, et au plus tard sept mois après la clôture de l'exercice social, leurs états financiers consolidés et le rapport consolidé de gestion accompagnés du rapport du réviseur d'entreprises agréé ou du cabinet de révision agréé, conformément à l'article 100-13 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et aux dispositions du chapitre Vbis du titre Ier de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés* ».

Les auteurs du projet de loi ne l'affirment pas franchement dans les commentaires qui sont muets à ce sujet mais sans doute avaient-ils en tête de « codifier » l'avis de la CNC 19/017 expliquant qu'une approbation des comptes consolidés est nécessaire.

Or, juridiquement, rien n'est moins sûr. En effet, l'avis mentionné de la CNC semble contredire la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (LSC). Les articles 461-1 et 461-7 de LSC traitent de l'approbation des comptes annuels par l'assemblée générale mais ne citent pas les comptes consolidés. De même, l'article 1500-2, point 2° de la LSC prévoit des sanctions pénales à l'égard des gérants ou des administrateurs qui n'ont pas soumis les comptes consolidés à l'assemblée générale dans les 6 mois de la clôture de l'exercice ; cet article n'exige cependant pas que les comptes consolidés soient approuvés par l'assemblée générale. Enfin, l'article 1770-1 de la LSC exige que les comptes consolidés « régulièrement approuvés » fassent l'objet d'une publicité mais, à nouveau, cet article n'exige pas, ni aucun autre article de la LSC, qu'ils soient approuvés par l'assemblée générale mais, au contraire, peuvent être approuvés par l'organe de gestion.

Ensuite, d'un point de vue conceptuel, une véritable approbation des comptes consolidés par l'assemblée générale se justifie difficilement. Les comptes consolidés sont le résultat d'une agrégation technique des comptes annuels individuels de la société mère et de ses filiales, élaborée suivant un certain mode de consolidation, le plus souvent après retraitement de l'information financière. Sous cet angle, les comptes consolidés assurent une information synthétisée en ce qu'ils permettent de présenter la situation patrimoniale et financière des différentes sociétés du groupe comme s'il ne s'agissait que d'une seule entité mais n'entraînent pas nécessairement une protection accrue des tiers qui elle est assurée par les états financiers individuels.

D'un point de vue pratique, l'approbation des comptes consolidés en assemblées soulèverait une série de problèmes. Si les comptes consolidés devaient être approuvés, ils ne pourraient l'être, en toute logique, que si les comptes annuels ont eux-mêmes été approuvés ce qui nécessiterait la tenue de deux assemblées dans le délai imparti pour l'approbation des comptes. Ensuite, la portée des discussions en assemblée générale serait nécessairement limitée car l'organe de gestion ne sera en mesure de répondre que quant aux comptes dont il a la responsabilité. Enfin, se pose la question de la décharge à donner aux membres de l'organe de gestion qui ne pourrait porter que sur les états financiers individuels. Comment faudrait-il concilier la décharge donnée aux membres de l'organe de gestion et un refus d'approbation des comptes consolidés par l'assemblée générale?

Au vue de la pertinence limitée de la proposition et des difficultés identifiées, le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'elle soit retirée et, qu'au contraire, une disposition énonce clairement que les comptes consolidés doivent, certes, être déposés au RCS dans les sept mois de la clôture de l'exercice, mais sans avoir été préalablement approuvés par l'assemblée générale.

VI. Fixation de la durée maximum du 1^{er} exercice social à dix-huit mois

Le Conseil de l'Ordre note la proposition de fixer la durée maximale du premier exercice social à 18 mois suivant la constitution de l'entreprise telle que prévue à l'article 310-5(3) du projet de loi. Les auteurs du projet de loi précise que « *l'objectif consiste à inscrire dans la loi une durée maximale qui ne prive pas indûment les utilisateurs de données financières pendant une période trop longue.* » (commentaire p. 99 du projet de loi 8286, sous *Ad article 310-5*).

Le Conseil de l'Ordre questionne la nécessité de fixer une durée maximale tout comme la durée proposée.

Historiquement, un exercice social d'une durée dépassant un an est admis alors qu'aucun texte de loi ne vient limiter cette durée (sauf dérogations dans les lois spéciales). L'idée est de permettre à une entreprise d'avoir un premier exercice social d'au moins une année calendaire suivant sa constitution sans l'obliger à un exercice social écourté commençant à la date de constitution et se terminant à la fin de la même année calendrier. Ainsi, il est admis que le premier exercice social peut avoir une durée maximale de deux ans moins un jour (sauf dérogations dans les lois spéciales).

Dès lors, la proposition du projet de loi a le mérite de confirmer qu'en l'état actuel des textes, le législateur n'a pas entendu limiter la possibilité d'un premier exercice dépassant 12 mois. Cela ressort également de l'art. 450-8 LSC⁹ et, plus particulièrement, de la deuxième phrase de cet article.

En effet, la deuxième phrase de l'art. 450-8 LSC n'a pas pour objectif de fixer la durée du premier exercice social mais traite de la date de tenue de l'assemblée générale en fonction de la durée du premier exercice social choisie par l'entreprise, ce choix étant libre. Ainsi, la deuxième partie de phrase qui dit que *la première assemblée générale peut avoir lieu dans les dix-huit mois suivant la constitution de la société* s'applique uniquement aux entreprises ayant choisi de limiter à moins d'un an leur premier exercice social. Celles-ci peuvent tenir leur première assemblée au-delà des six mois qui suivent la clôture de leur premier exercice car l'exercice social est court. La première partie de phrase qui dit que *l'assemblée doit être tenue dans les six mois de la clôture de l'exercice* s'applique aux entreprises qui ont un premier exercice social d'une durée supérieure à un an. Celles-ci ne doivent pas tenir leur première assemblée endéans les dix-huit mois de leur constitution mais doivent tenir leur première assemblée dans les six mois qui suivent la clôture de leur premier exercice prolongé.

L'art. 450-8 LSC assure donc que l'information financière soit disponible pour les utilisateurs dans un délai raisonnable sans qu'il soit nécessaire de fixer une durée maximale du premier exercice social sachant qu'il se termine nécessairement au plus deux ans moins un jour suivant l'année qui suit la constitution de l'entreprise. En outre, si une durée maximale devait néanmoins s'avérer nécessaire, pourquoi faudrait-il fixer cette durée à 18 mois au lieu de la durée historiquement admise de deux ans moins un jour? A cet égard, le Conseil de l'Ordre se demande si la proposition des 18 mois ne résulte pas d'une interprétation erronée de l'art. 450-8 LSC.

Au vu de ce qui précède, le Conseil de l'Ordre suggère de supprimer l'article 310-5 (3) du projet de loi, laissant ainsi aux entreprises le choix de fixer la durée de leur premier exercice social à une durée pouvant aller jusqu'à deux ans moins un jour et, le cas échéant, de clarifier la signification de l'art. 450-8 LSC comme décrit ci-avant.

⁹ « Il doit être tenu, chaque année, au moins une assemblée générale au Grand-Duché de Luxembourg. L'assemblée doit être tenue dans les six mois de la clôture de l'exercice et la première assemblée générale peut avoir lieu dans les dix-huit mois suivant la constitution de la société. »

Si, au contraire, la volonté est de fixer une durée maximale, alors le Conseil de l'Ordre suggère de fixer la limite à la durée historiquement admise de deux ans moins un jour.

VII. Introduction d'une définition de « contrôle »

Le Conseil de l'Ordre constate que le projet de loi introduit une définition de « contrôle », différente de celle existante déjà dans la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier (art. 1 paragraphe 7 et 21.2) qui renvoie vers la directive 2013/34/UE.

En effet, il est proposé de définir la notion de « contrôle » sans introduire la notion de l'influence dominante dont la directive 2013/34/UE prévoit qu'elle constitue une situation de contrôle exclusif car cette situation n'existerait pas au Luxembourg (commentaires p. 98 du projet de loi 8286).

Cet argument ne satisfait pas le Conseil de l'Ordre qui estime que la transposition incomplète de la définition de « contrôle » ne favorise pas une interprétation et une application cohérentes de la loi alors qu'il s'agit d'une notion commune à de nombreux textes en droit luxembourgeois qui renvoient à la directive 2013/34/UE pour sa définition.

Il est également surprenant de lire dans les commentaires du projet de loi (p. 89) que les auteurs du projet envisagent que la Commission des Normes Comptables puisse préparer un Q&A pour clarifier l'interprétation de la notion de « contrôle ». En effet, la Commission des Normes Comptables est chargée de l'élaboration et de la mise en œuvre des normes comptables au Grand-Duché. Son rôle est de fournir de la doctrine comptable, y compris par voie de recommandations à caractère général, comme cela est indiqué à l'art. 500-1 du projet de loi, sans toutefois empiéter sur le pouvoir d'interprétation réservé aux cours et tribunaux ou disposer d'un pouvoir normatif.

VIII. Possibilité de conservation de documents comptables sous forme électronique

Le projet de loi ne précise pas que les documents comptables peuvent être conservés électroniquement (art. 200-12, p. 22 du projet de loi 8286) alors que cette possibilité figure au paragraphe 3 de l'article 16 du Code de Commerce.

Le Conseil de l'Ordre propose, par souci de clarté, de rajouter expressément cette possibilité à l'art. 200-12 du projet de loi ou de renvoyer au Code de Commerce.

IX. Respect du capital social minimum

L'art. 310-4 vise à clarifier qu'une entreprise peut établir ses états financiers en euros ou en toute autre devise ayant cours légal, sous réserve que celle-ci soit une devise pleinement convertible et librement utilisable et qu'elle soit émise ou garantie par une banque centrale ou par une autorité publique (art. 310-4 du projet de loi 8286). Cet article reprend une recommandation de la Commission des Normes Comptables (CNC) contenue dans son avis concernant la possibilité d'établir les comptes dans une devise étrangère (commentaires p. 98-99 du projet de loi 8286).

Bien que le projet de loi ne reprenne pas l'intégralité de l'avis de la CNC mais seulement la recommandation relative à la devise des états financiers, il convient de signaler que l'intention exprimée des auteurs du projet de loi dans les commentaires (p. 99-99 du projet de loi 8286), est d'inscrire dans la loi comptable les positions adoptées par la CNC dans son avis.

Or, tel ne saurait bien sûr être le cas sans une disposition expresse de la loi.

Le Conseil de l'Ordre ne partage d'ailleurs pas la position de la CNC sous la question 3 de l'avis en question, qui indique que : « *Quand le choix d'une devise du capital social autre que l'euro est fait, le respect du capital social minimum (en euro) est à vérifier régulièrement, au minimum chaque année lors de l'établissement des comptes annuels. Un changement de la parité de change pourrait en effet mener à ce que le capital social libellé dans une devise autre que l'euro devienne inférieur au capital social minimum en euro. Il faudra alors corriger immédiatement cette situation afin d'assurer le respect du capital social minimum en euro.* » (question 3, p.3).

Le Conseil de l'Ordre estime que cette vérification est à faire uniquement au moment de la constitution de la société, voire d'une réduction de capital. Il n'y a, en effet, aucune obligation, ni dans la loi luxembourgeoise ni dans la directive (UE) 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés de maintenir, de manière continue, un capital en devise étrangère équivalent au capital social minimum en euros. Par ailleurs, la proposition de la CNC soulève une série de questions, notamment en ce qui concerne la pertinence d'une vérification annuelle seulement alors que les variations de devises sont continues ainsi que les répercussions sur le capital social : faudrait-il augmenter le capital à chaque variation, suivant le taux d'échange de quel organisme, dans quel délai et à quel coût ? Aussi, quelle serait la sanction en cas de manquement momentané?

Enfin, les droits des tiers sont garantis par les dispositions en matière de perte grave du capital social.

En conséquence, la proposition de la CNC sur ce point n'est justifiée ni d'un point de vue juridique, ni d'un point de vue pratique et ni même au regard de la protection des tiers.

X. Documents décrivant l'organisation comptable

Le Conseil de l'Ordre partage l'avis de l'Ordre des Experts-Comptables (avis OEC 8286/01, p. 6-7) et celui du Conseil d'Etat (avis du CE 8286/03, p. 6) en estimant que le type de documentation concerné n'est pas clairement défini. L'article 200-4 devrait en effet définir la teneur minimum de cette documentation.

Le Conseil de l'Ordre s'interroge, par ailleurs, sur la pertinence de prévoir que la documentation décrivant l'organisation comptable de l'entreprise soit accessible au siège/lieu d'activité principale (art. 200-4 (1) p. 21, commentaires p. 103). Il lui semble en effet souhaitable d'améliorer cette proposition en prévoyant une meilleure accessibilité, notamment un support électronique.

XI. Exercice flottant

Le projet de loi envisage de clarifier la possibilité d'avoir un exercice flottant (actuellement évoqué dans un avis CNC 01/2014).

Le Conseil de l'Ordre s'inquiète et y voit un risque de manipulation des comptes et de détournement des règles. En effet, les entreprises pourraient choisir de clôturer leur exercice à des moments opportuns pour améliorer artificiellement leurs résultats. Cela compromettrait la transparence et la crédibilité des états financiers de l'entreprise. Aussi, cela pourrait amener des incertitudes fiscales car les entreprises pourraient être confrontées à des changements dans les règles fiscales et les taux d'imposition d'une année à l'autre.

Par ailleurs, cela semble entraîner des défis et contraintes supplémentaires dans la pratique. Notamment, il faudrait que le Registre de Commerce et des Sociétés accepte d'inscrire ce type d'exercice – ce que les formulaires ne permettent pas actuellement. Il faudrait donc modifier la loi et règlement afférents sur ce point.

XII. Comptabilité de liquidation

L'art. 370-1 (4) proposé indique que les entreprises en « discontinuité d'exploitation » déposent leurs comptes après la dissolution/mise en liquidation. Or, la discontinuité peut, selon les travaux parlementaires, intervenir « *avant même l'ouverture de la dissolution et la mise en liquidation de l'entreprise* » (art. 321-2, commentaires p. 111). Ceci veut dire qu'une société en discontinuité qui n'a pas encore ouvert de liquidation, doit attendre la mise en liquidation pour déposer ses comptes, ce qui ne semble pas être l'intention des auteurs du projet.

Le Conseil de l'Ordre suggère certains aménagements aux modifications envisagées en remplaçant la référence « entreprises en discontinuité d'exploitation » par « entreprises en liquidation » dans l'article mentionné.

XIII. Procédure de liquidation en trois étapes

Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur la réelle nécessité de changer un mécanisme qui a fait ses preuves.

En effet, l'Ordre des Experts-Comptables propose de supprimer la seconde assemblée de liquidation par la « transformation » automatique du mandat de la personne chargée du contrôle des comptes lors de l'ouverture de la liquidation en commissaire à la liquidation (sauf décision contraire de l'assemblée) ou par une nomination du commissaire à la liquidation lors de l'ouverture. La troisième assemblée (celle de clôture de liquidation) devenant alors la seconde assemblée (avis OEC 8286/01, p. 3-6). Lors de celle-ci, les actionnaires se prononceront à la fois sur le rapport du liquidateur et sur celui du commissaire.



Toutefois, le Conseil de l'Ordre émet des réserves sur cette proposition car le commissaire est censé rédiger son rapport sur base de celui du liquidateur. Ceci ne serait pas réalisable correctement si les deux rapports étaient mis à disposition le jour de l'assemblée.

Luxembourg, le 24 avril 2024

Le Bâtonnier,
Pit RECKINGER