

N° 5730<sup>2</sup>

## CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2008-2009

**PROJET DE LOI**

**portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915  
concernant les sociétés commerciales**

\* \* \*

**AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE**

(12.2.2009)

L'objectif du présent projet de loi est d'achever une entreprise de modernisation du droit luxembourgeois des sociétés initiée 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<sup>1</sup>, mais aussi par
- la loi du 23 mars 2007 modifiant 1. la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, 2. la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales, et 3. 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 ainsi que la
- loi du 27 mars 2007 portant modification des articles 271, 273bis, et 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales,

dont les deux dernières réforment essentiellement la matière des fusions et scissions de sociétés pour d'une part étendre à l'ensemble des sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique la faculté d'avoir recours à ces techniques de restructuration et introduisent les techniques d'apport partiel d'actifs, de transfert d'universalité et de branche d'activité ainsi que le transfert du patrimoine professionnel et pour autre part permettre à une société de droit luxembourgeois de fusionner avec une société de droit étranger pour autant que le droit national de cette dernière ne s'y oppose pas.

\*

**Résumé synthétique**

- I. Les changements touchant les dispositions du Code civil sur les sociétés
- II. Les modifications apportées à la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales

**Considérations générales**

- 1. Le contexte général de la modernisation de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales
- 2. Le Projet en tant qu'aboutissement de la modernisation du droit des sociétés luxembourgeois
  - 2.1. La forme du Projet
    - 2.1.1. Les définitions de certains termes juridiques redondants
    - 2.1.2. L'exposé des motifs et le commentaire des articles
    - 2.1.3. La numérotation des articles de la LSC

1 Mém. A, No 152, 31 août 2006, page 2683 et suivantes; documents parlementaires 5352.

- 2.1.4. Le temps employé pour les verbes dans la LSC
- 2.1.5. La conclusion de la Chambre de Commerce quant à la forme du Projet
- 2.2. Le fond et le contenu du Projet
  - 2.2.1. Le principe de la liberté contractuelle des associés
    - 2.2.1.1. Le Projet et sa conception de la liberté sont consacrés dans le choix de la structure sociétaire par les acteurs économiques
      - 2.2.1.1.a) La création d'une nouvelle forme sociétaire au Grand-Duché de Luxembourg: la société par actions simplifiée (la „SAS“)
      - 2.2.1.1.b) L'élargissement du régime de transformation des sociétés constitue-t-il réellement une plus-value?
    - 2.2.1.2. La liberté contractuelle est renforcée en matière d'organisation du pouvoir dans les sociétés
      - 2.2.1.2.a) Les mesures du Projet ayant une incidence sur les droits et pouvoirs des actionnaires
      - 2.2.1.2.b) Les mesures du Projet ayant trait à la gestion ou à la direction de la société
      - 2.2.1.2.c) La liberté contractuelle des associés est également renforcée au niveau du financement de la société
  - 2.2.2. Quelle consécration pratique est réservée au principe de la sécurité renforcée dans le Projet?
    - 2.2.2.1. La sécurité peut être renforcée au niveau de la société en prévoyant un élargissement des droits et responsabilités des associés/actionnaires
      - 2.2.2.1.a) Une protection des minoritaires renforcée
      - 2.2.2.1.b) Le renforcement de la procédure de retrait, d'exclusion et de rachat
      - 2.2.2.1.c) Accroissement des responsabilités des administrateurs et des membres du directoire des SA
      - 2.2.2.1.d) Prévention des conflits d'intérêts
    - 2.2.2.2. Qu'en est-il de la protection des tiers?
  - 2.2.3. La protection par le biais d'une loi claire et complète
  - 2.2.4. La conclusion générale de la Chambre de Commerce sur le Projet sous avis

### **Commentaire des articles**

\*

### **RESUME SYNTHETIQUE**

Le but poursuivi par les auteurs du projet de loi sur les sociétés commerciales (ci-après „le Projet“) est de doter le Grand-Duché de Luxembourg d'une législation moderne et cohérente en matière de droit des sociétés afin d'arriver vers un droit commun des personnes morales de droit privé.

Le Projet dans son ensemble tend à apporter des modifications plus ou moins relevantes à tous les types de sociétés, civiles et commerciales, même si les réformes les plus significatives touchent principalement la société anonyme (ci-après la „SA“) et la société à responsabilité limitée (ci-après la „SARL“).

\*

### **I. LES CHANGEMENTS TOUCHANT LES DISPOSITIONS DU CODE CIVIL SUR LES SOCIETES**

Concernant les changements touchant les dispositions civiles sur les sociétés, le Projet contient une proposition de solution quant à l'insécurité juridique des articles du Code civil relatifs aux démembrements de la propriété des parts sociales, les clauses léonines et la dissolution d'une société par réunion de toutes les parts en une seule main.

En effet, ces trois dispositions, par leur manque de clarté, donnaient depuis toujours du fil à retordre aussi bien à la doctrine, qu'à la jurisprudence luxembourgeoises.

La Chambre de Commerce tient à souligner qu'elle en accueille le principe d'un régime de démembrement de la propriété des parts sociales dans le Code civil, qui est censé lever les insécurités juridiques et pratiques grevant à l'heure actuelle tout démembrement de propriété de parts.

En matière de prohibition des clauses léonines, le Projet ouvre la voie aux montages destinés à assurer la cession de droits sociaux et notamment aux conventions de portage souvent utilisées en pratique par les organismes financiers. La Chambre de Commerce pense que l'adoption de cette disposition renforcera la sécurité juridique de ces opérations existant depuis longtemps en pratique.

Enfin, les auteurs ont prévu l'introduction d'une règle générale portant dissolution sans liquidation de la société par la réunion de toutes les parts en une seule main. Les économies en termes de temps et de frais administratifs sont non négligeables. Par ailleurs, il est important de mentionner que les droits des créanciers de la société seront préservés. La Chambre de Commerce accueille favorablement cette introduction dans le droit des sociétés luxembourgeois, tout en se questionnant si la dissolution projetée sera prononcée par voie judiciaire ou si le juge ne disposera que d'un simple pouvoir d'appréciation pour la prononcer? Malheureusement, ni l'article lui-même, ni l'exposé des motifs ne prévoient de réponse à cette question.

\*

## **II. LES MODIFICATIONS APPORTEES A LA LOI DU 10 AOUT 1915 SUR LES SOCIETES COMMERCIALES**

Les auteurs poursuivent leur projet de modernisation du droit des sociétés luxembourgeois dans les dispositions de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée (ci-après la „LSC“).

Une grande nouveauté se retrouve dans la proposition des auteurs d'accorder à tout type de société dotée de la personnalité juridique la possibilité d'émettre des obligations nominatives ou au porteur par le biais d'une souscription publique ou privée. En ce qui concerne l'émission d'obligations convertibles ou munies d'un droit de souscription, les auteurs limitent cette possibilité aux SA, et excluent les nouvelles sociétés par actions simplifiées également de ce régime. Les SARL, de leur côté ont la possibilité d'émettre des obligations convertibles ou munies d'un droit de souscription en respectant des conditions particulières.

Le vide réglementaire existant en matière de nullités des assemblées générales a également fait l'objet d'une nouvelle réglementation proposée par les auteurs du Projet. Cependant, même si la Chambre de Commerce accueille l'idée d'une réglementation des conditions de forme des assemblées générales, elle se doit de mentionner que les auteurs n'ont pas prévu de régime pour les conditions de fond des assemblées générales. Qui plus est, l'indication du type de nullité engendré fait actuellement encore défaut dans le Projet et le lecteur est donc dans l'ignorance si la nullité engendrée est une nullité facultative ou obligatoire et si elle agit rétroactivement ou non.

Quant aux sociétés coopératives, les auteurs du Projet ont clarifié la possibilité pour les associés de choisir entre une société coopérative à responsabilité limitée et une société coopérative à responsabilité illimitée. Cette distinction a le mérite d'apporter une clarté certaine à la loi en avisant les acteurs économiques intéressés par la création d'une société coopérative sur la possibilité de limiter ou non la responsabilité de leur apport et de l'indiquer directement dans la dénomination particulière de la société coopérative.

La société coopérative à responsabilité illimitée sera soumise au même régime que les autres sociétés commerciales à responsabilité illimitée. La Chambre de Commerce ne peut qu'accueillir ce nouveau régime, mais elle regrette que les auteurs n'aient pas profité de l'occasion pour rendre le droit luxembourgeois compatible avec le Règlement communautaire 1435/2003 du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne, alors même que cette mise en conformité aurait dû intervenir pour le 18 août 2006 au plus tard.

Même si la réforme touche un grand nombre de points importants de la loi, la plus grande partie des changements envisagés par les auteurs concerne les SA.

Désormais, il existe la possibilité d'émettre des actions sous le pair comptable. Lors d'une augmentation du capital de la société, cette opération se justifiera lorsque la valeur réelle des actions est inférieure à la valeur comptable des actions. La Chambre de Commerce met cependant en garde devant le risque de dilution du capital et le risque d'une perte de la valeur intrinsèque des actions existantes. A cet effet, elle accueille l'encadrement que les auteurs ont prévu par le biais de l'obligation d'un rapport de réviseur et d'un rapport du conseil d'administration. De plus, les actionnaires seront informés des conséquences de l'émission de telles actions, et pourront prendre, le cas échéant, leur décision en connaissance de cause.

Une modification majeure du droit des SA prévue par le Projet est le fait qu'il n'existera plus d'obligation d'émettre des actions d'égale valeur. La Chambre de Commerce pense que cet amendement permettra d'assurer une meilleure structure du capital social de la SA, mais elle déplore que les auteurs n'aient pas expliqué plus amplement ce choix de modification dans l'exposé des motifs. Par ailleurs, les auteurs prévoient dans le même article la suppression du rapport du réviseur à l'occasion de l'émission de titres ne concourant pas dans la constitution du capital. Même si cette suppression permettra une économie des frais à engager par les sociétés, la Chambre de Commerce se pose la question si les droits des actionnaires présents resteront suffisamment garantis. Là encore, la Chambre de Commerce déplore que les auteurs n'aient pas autrement expliqué leur choix de proposer cet amendement à la LSC.

Concernant les règles de fonctionnement du conseil d'administration dans les SA, la LSC actuellement en vigueur dispose qu'il est de principe que le conseil d'administration soit constitué de trois administrateurs au moins. La LSC prévoit dans la même disposition une première exception en cas d'actionnaire unique dans la SA. A côté de cette première exception au principe de la nécessité de trois administrateurs, les auteurs proposent une deuxième exception pour le cas où une SA n'a que deux actionnaires: elle peut alors fonctionner avec deux administrateurs jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation par tous moyens de l'existence de plus de deux actionnaires. La Chambre de Commerce s'interroge sur l'utilité de créer de plus en plus de règles dérogatoires au principe. Pourquoi ne pas fixer le nombre minimum d'administrateurs pour la SA à deux avec comme seule exception la SA unipersonnelle? Une autre solution pourrait être de laisser la société elle-même déterminer le nombre de ses administrateurs.

Un autre point intéressant de la réforme semble être l'introduction d'un régime relatif aux conflits d'intérêts entre administrateurs et le conseil d'administration (mais aussi entre membres du comité de direction et le comité de direction, les membres du directoire et les membres du conseil de surveillance). La Chambre de Commerce estime que cet amas de règles, qui seront dispersées dans tout le texte de la LSC, n'est pas nécessaire et ne présente pas d'intérêt concret pour la place luxembourgeoise. De plus, la procédure telle que prévue par les auteurs est axée sur le droit belge, qui présente une différence fondamentale avec le droit luxembourgeois: l'administrateur d'une SA en Belgique se trouvant dans une situation de conflit d'intérêt, participe néanmoins au vote, tandis qu'au Grand-Duché de Luxembourg, l'administrateur ayant un conflit d'intérêt n'a pas le droit de participer au vote au conseil d'administration. Au vu de cette différence majeure, la Chambre de Commerce pense que l'application du régime belge au droit luxembourgeois n'apporte pas de plus-value réelle et n'est dès lors pas nécessaire.

Les auteurs préconisent également la consécration légale du comité de direction dans les sociétés. Même si l'idée de base est celle qu'il fallait retenir, la Chambre de Commerce relève les problèmes de transposition qui se poseront aux entreprises disposant déjà aujourd'hui d'un tel comité de direction.

La protection des minoritaires se voit désormais accrue par l'introduction d'une action sociale minoritaire.

Les résolutions circulaires en tant que moyen d'adoption de décisions par le conseil d'administration, actuellement pratique courante en droit luxembourgeois, voient également leur position affirmée. Elles comportent un gain important de temps pour les sociétés et leur facilitent largement la tâche. Par contre, le terme de „résolution circulaire“ en tant que tel n'a pas été consacré dans le Projet, même si le principe même y figure. Les auteurs ont cependant été clairvoyants en prévoyant également la consécration légale des résolutions circulaires dans les SARL.

Parmi les nouveautés de plus faible envergure dans le Projet, mais entraînant économiquement parlé des réductions de frais pour ses ressortissants, la Chambre de Commerce énumère la possibilité des statuts d'autoriser le conseil d'administration ou le conseil de surveillance (selon le cas) à transférer

le siège social d'une commune à une autre ou à l'intérieur d'une même commune et à modifier les statuts en conséquence. Il suffira donc, si les statuts prévoient cette possibilité, de changer de siège social au Luxembourg par simple résolution du conseil d'administration (ou le cas échéant du conseil de surveillance). Cependant, la Chambre de Commerce est d'avis que ces pouvoirs ne doivent pas être octroyés au conseil de surveillance, mais au directoire.

En ce qui concerne la tenue des assemblées générales, il est désormais possible de prévoir des visioconférences ou d'autres moyens de télécommunication, si un actionnaire au moins est présent au Grand-Duché de Luxembourg. La Chambre de Commerce met en garde devant une trop grande liberté d'action pouvant faciliter l'abus, et soulève qu'il serait mieux qu'un des actionnaires soit présent au siège social de la société, et non seulement sur le territoire luxembourgeois. Par ailleurs, cette solution de présence au siège social a été retenue pour les SARL.

Le même article prévoit aussi l'instauration du droit de vote double pour certains actionnaires dont les conditions seront stipulées soit dans les statuts, soit lors de la tenue d'une assemblée générale extraordinaire. Ce droit de vote double sert à fidéliser les actionnaires de la société possédant des actions nominatives depuis plus de deux ans et leur permet d'affermir leur pouvoir au sein de l'assemblée. La Chambre de Commerce ne voit pas d'obstacle à ce changement et félicite les auteurs de cette initiative qui servira à maintenir une certaine fixité des actionnaires dans les sociétés.

Par contre, la Chambre de Commerce doit relever son mécontentement et son inquiétude face au fait que les auteurs ont supprimé l'exigence d'unanimité pour le changement de la nationalité des SA. Ce changement ne s'inscrit ni dans l'optique de la protection des minoritaires ni dans l'optique de l'ancrage de la place luxembourgeoise en tant que centre d'activités des sociétés et des entreprises. En effet, en supprimant l'unanimité pour le changement de nationalité de la société, les délocalisations de sociétés sont facilitées. Par ailleurs, ne se retrouve pour le reste pas ce changement dans les dispositions sur les SARL, mais seulement dans les dispositions sur les SA.

La Chambre de Commerce se demande s'il n'y a pas intérêt à inclure également dans le projet certaines pratiques usuelles au Luxembourg, comme l'émission d'actions traçantes dans les SA, mais aussi dans les SARL. Cette forme d'action est souvent utilisée dans les groupes de sociétés ou dans les fonds d'investissement non réglementés.

En ce qui concerne les nouvelles structures sociétaires, les auteurs ont décidé d'introduire une nouvelle forme de société que la France<sup>2</sup> connaît déjà depuis 1994: la société par actions simplifiée (ci-après la „SAS“). La SAS a été ajoutée par les auteurs au choix de sociétés de la LSC afin d'élargir la panoplie de sociétés déjà existante, et surtout afin de donner une alternative aux acteurs économiques par rapport aux choix de sociétés déjà existants. L'introduction de cette forme sociétaire est reprise de la législation française et des dispositions sur les SA. Malheureusement, il n'est pas aisé pour le lecteur de comprendre quelles sont les dispositions sur les SA qui sont finalement applicables à la SAS.

Naguère surtout utilisée par les petites et moyennes entreprises et l'artisanat, la SARL connaît un succès grandissant auprès des grands groupes de sociétés, qui retrouvent en elle des attraits naissants, notamment en matière de rentabilité fiscale.

La plupart des questions des praticiens restant ouvertes ont trouvé leur solution dans le présent Projet, mais malheureusement pas toutes. Le volet concernant la possibilité de verser des acomptes sur dividendes dans les SARL n'a pas été traité par les auteurs, pas plus que la problématique de la réduction du capital social par remboursement aux associés.<sup>3</sup> Par ailleurs, il faut mentionner qu'aucune disposition par rapport à l'amortissement du capital dans les SARL n'est actuellement prévue dans le Projet.

La Chambre de Commerce relève également le souhait d'un grand nombre de ses ressortissants de voir attribuer un capital autorisé aux SARL.

<sup>2</sup> Afin de remédier au manque de souplesse et de rigidité de la SA, le législateur français a introduit en 1994 la société par actions simplifiée (SAS). La souplesse de cette forme sociale a été accrue en 1999, ce qui a accéléré le développement de celle-ci. Au 1er janvier 2007, 110.276 entreprises ont adopté cette forme sociale en France.

(Droit des sociétés, LITEC, Manuel, 20e édition, Maurice COZIAN, Alain VIANDIER, Florence DEBOISSY (page 389 et suivantes).

<sup>3</sup> En effet, un certain malaise s'installe parmi les praticiens quand il s'agit de procéder à une réduction du capital social d'une SARL par remboursement aux associés. Il n'y a pas plus de motifs légaux à respecter un délai d'attente pour permettre aux créanciers de réagir suite à l'appauvrissement de leur gage, que de raisons de les protéger moins bien que ceux d'une SA.

Un projet de loi antérieur, à savoir le projet de loi No 5829 relatif aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux<sup>4</sup> propose un renforcement du contrôle du notaire lors de la constitution de la SA, tout en supprimant pour certains types d'apports en nature la nécessité de les faire évaluer par un réviseur d'entreprises. Cette suppression réduira le temps et les frais nécessaires à la constitution et l'augmentation de capital des SA et la Chambre de Commerce propose d'insérer ces simplifications administratives mutatis mutandis en ce qui concerne les SARL dans le présent Projet, tel qu'elle l'avait déjà proposé dans son avis<sup>5</sup> sur le projet de loi No 5829. En effet, il s'agit d'offrir aux SARL qui sont soumises à des exigences de contrôle analogues de leurs apports en nature telles qu'elles résultent de la LSC, la possibilité de bénéficier des mêmes dérogations que celles ouvertes par le projet de loi No 5829 aux SA. A défaut d'une telle adaptation, on risque d'aboutir à la situation quelque peu étonnante que les frais de constitution d'une SARL seront le cas échéant plus élevés que ceux d'une SA.

En ce qui concerne le fonctionnement des SARL, la Chambre de Commerce fait remarquer que pour un certain nombre de dispositions, le présent Projet s'inspire dans son effort de modernisation de la SARL tant du régime de la SA luxembourgeoise que de la SARL belge. Dans certains cas (par exemple pour le régime de conversion des parts sans droit de vote en parts ordinaires) le Projet s'inspire plus du texte belge que du texte luxembourgeois sur les SA, sans pour autant justifier dans le commentaire des articles ce choix et sans que ce choix soit nécessaire au regard de la spécificité de la SARL par rapport à la SA. Il en résulte que les praticiens du droit devront mémoriser et appliquer deux régimes distincts pour une même opération financière (par exemple pour la conversion des parts sans droit de vote en parts ordinaires), selon que l'opération se fait par une SARL ou une SA. Dans un souci d'efficacité et de simplification, la Chambre de Commerce invite les auteurs du Projet de s'inspirer autant que possible de textes législatifs luxembourgeois qui sont connus et appliqués depuis plusieurs décennies sans problèmes par les praticiens du droit.

Finalement, un régime complet de transformation des sociétés donnera une réglementation beaucoup plus détaillée en ce qui concerne la transformation de toute entité dotée de la personnalité juridique en une autre entité dotée de la personnalité juridique. Il prend en compte tous les différents éléments afférents à une transformation et introduit la possibilité d'une transformation de la société commerciale en société civile ou en groupement d'intérêt économique (ci-après „GIE“) et inversement. Ces changements prennent en compte et soulignent trois facteurs importants, à savoir le fait d'une éventuelle augmentation des engagements des associés, une possible atteinte aux droits des tiers et la persistance de la personnalité juridique de l'entité concernée. Cet élargissement des possibilités de transformation va ainsi permettre une plus grande adaptation des entreprises aux réalités économiques. La Chambre de Commerce estime que le Projet impose beaucoup trop de formalisme en la matière. En effet, actuellement la pratique luxembourgeoise voit se transformer beaucoup de SARL en SA. Cependant, cette possibilité est alourdie par le formalisme prévu par le Projet examiné. Les dispositions introduites dans la LSC prévoient la nécessité d'un état résumant la situation active et passive de la société, ainsi que d'un rapport établi par un réviseur sur ce même état. De plus, un rapport justificatif établi par l'organe de gestion de la société doit être adressé à l'assemblée générale avec l'état et le rapport du réviseur. Sans ces rapports, la transformation sera jugée nulle. Au final, le texte exige la majorité des trois quarts des voix pour que la proposition de transformation soit acceptée et l'unanimité des voix si la transformation est effectuée pendant les deux premières années d'existence de la société. Par ailleurs, la transformation doit être faite sous forme d'un acte authentique, sous peine de nullité.

Le texte que les auteurs ont proposé est simple, mais économiquement inadapté aux réalités du contexte luxembourgeois. Le commentaire des articles nous renseigne que ces dispositions sont d'inspiration belge et visent à „permettre à toute entité dotée de la personnalité juridique de se transformer en une autre entité dotée de la personnalité juridique“, tout en sauvegardant les droits des tiers. La Chambre de Commerce soutient entièrement le principe que les personnes morales, qui ne sont que les véhicules juridiques des entreprises économiques, puissent changer aisément de type de véhicule au

4 Projet de loi No 5829 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 et portant transposition de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, de la directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution de la SA ainsi que le maintien et les modifications de son capital et de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes.

5 Avis de la Chambre de Commerce sur le projet de loi No 5829 du 24 juillet 2008 à la page 2.

gré de leur évolution au cours de leur vie, tout en préservant les droits des tiers, en particulier des créanciers de la personne morale transformée. La Chambre de Commerce signale cependant les incohérences et les lourdeurs administratives de ce nouveau système qui risquent d'avoir l'effet inverse de celui escompté par les auteurs.

Dans leur poursuite de modernisation du droit des sociétés luxembourgeois, mais aussi dans un but d'harmonisation de la matière et d'accroissement de sa bonne compréhension (à droit constant), les auteurs ont prévu dans ce Projet la création d'un Code des sociétés<sup>6</sup> regroupant les dispositions du Code civil relatives aux sociétés<sup>7</sup> et celles de la LSC. La codification des textes permettra de mettre de l'ordre dans cet amas d'articles en regroupant les textes relatifs à tous les types de sociétés dans une perspective horizontale.

#### *Appréciation du Projet de loi*

Compétitivité de l'économie luxembourgeoise	++
Impact financier sur les entreprises	0*
Transposition de la directive	n.a.
Simplification administrative	0
Impact sur les finances publiques	+

\* certaines mesures sont positives, d'autres mesures sont négatives, d'où l'impact neutre.

Légende: ++ très favorable  
 + favorable  
 0 neutre  
 - défavorable  
 - - très défavorable  
 n.a. non applicable  
 n.d. non disponible

\*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le Projet dans sa forme actuelle et demande aux auteurs du Projet que ses observations fondamentales et ses propositions de changement soient prises en considération dans le cadre de l'élaboration de la future loi.

\*

### **CONSIDERATIONS GENERALES**

#### **1. LE CONTEXTE GENERAL DE LA MODERNISATION DE LA LOI DU 10 AOUT 1915 SUR LES SOCIETES COMMERCIALES**

La matière du droit des sociétés, tout comme le droit commercial et le droit fiscal, constitue un des piliers de la compétitivité de la place financière luxembourgeoise.

Afin de maintenir l'attractivité de la place luxembourgeoise à un haut niveau, il s'avère nécessaire d'adapter le droit des sociétés aux besoins nouveaux de l'économie de marché tout en consacrant la sécurité juridique.

Depuis 1915, année de promulgation de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, le droit des sociétés luxembourgeois a fait l'objet de maintes réformes, sans pour autant avoir été soumis à une refonte complète de ses règles.

<sup>6</sup> Article IV Disposition particulière du Projet de loi No 5730 (page 35 dudit projet).

<sup>7</sup> Titre IX. Des sociétés du Code civil luxembourgeois.

Les récentes modifications du droit des sociétés furent surtout dues à la transposition de directives européennes.

Ce n'est qu'à partir de 2006, et plus précisément à partir de la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la SA à directoire et conseil de surveillance et la SA unipersonnelle, qu'un courant de modernisation du droit des sociétés s'est amorcé en dehors de toute directive. Cette loi du 25 août 2006, mais aussi celle du 23 mars 2007 relative aux restructurations et portant réforme du régime des scissions et des fusions, introduction des apports partiels d'actifs, de transferts d'universalités et de branches d'activité, et des transferts de patrimoine professionnel, constituent les pièces „*mâtresses*“ de cette nouvelle vague de modernisation des sociétés commerciales conçue en dehors de toute directive européenne.

La concrétisation finale de ce Projet de modernisation de la LSC devait se retrouver dans le Projet que la Chambre de Commerce commente dans le présent avis.

Depuis le début, l'approche générale du législateur a toujours été l'approche traditionnelle mettant en avant la liberté contractuelle tout en s'assurant d'un certain niveau de protection. L'introduction de restrictions trop nombreuses ou de restrictions n'existant pas dans nos pays voisins „*risque de refouler au-delà de nos frontières bon nombre de sociétés qui n'auraient pas demandé mieux que de s'établir chez nous*“.<sup>8</sup>

Déjà au début du 20e siècle, le souci de ne plus présenter d'attrait pour les entreprises étrangères fut prédominant dans l'esprit du législateur.

C'est cet objectif d'attrait que le législateur a également essayé de protéger lors de la transposition des directives européennes en la matière en préconisant toujours la solution la plus libérale possible. C'est entre autres de cette façon que le Grand-Duché de Luxembourg a su se construire un droit des sociétés à part et moins restrictif que celui de ses voisins concurrents, et s'assurer la venue de bon nombre de sociétés multinationales.

Aujourd'hui le Grand-Duché de Luxembourg reste un pays de faible taille, mais qui, en raison des particularités de sa place financière et de son environnement fiscal, suscite des jalousies de plus en plus nombreuses et attire un grand nombre d'opérateurs.

Les acteurs évoluant dans le domaine des affaires, que ce soit dans le domaine national ou international, sont à la recherche permanente de souplesse et de liberté dans l'organisation et le fonctionnement des entreprises qu'ils créent ou ont créées. Dans cet esprit, et afin de fournir un environnement propice aux investissements, l'accès aux règles juridiques doit être optimisé afin de disposer d'outils facilement compréhensibles par toute personne intéressée et accordant les garanties juridiques nécessaires.

Selon les auteurs, ce Projet permet d'accroître la clarté et l'attractivité du texte actuel, non seulement par ses modifications, mais aussi par une codification à droit constant de la matière du droit des sociétés.

Sur leur chemin de modernisation, les auteurs se sont surtout basés sur les droits belges et français afin de ne pas couper le „*cordon ombilical*“<sup>9</sup> qui relie le droit des sociétés luxembourgeois avec ses origines. Etant donné le faible développement de notre jurisprudence et de notre doctrine en la matière, qui est surtout lié à la taille de notre pays, les auteurs pensent que des solutions totalement originales ne peuvent pas trouver leur place dans le droit luxembourgeois des sociétés. La Chambre de Commerce ne partage pas toujours cet avis ne laissant pas d'espace à l'originalité ayant jusqu'à maintenant constitué un des points créant l'attrait de la place économique et financière luxembourgeoise.

Elle se propose d'analyser le raisonnement des auteurs du Projet pour aboutir à ce qui est qualifié de modernisation du droit des sociétés en analysant les changements dans le droit des sociétés proposés quant à leur forme (II. (A)) et quant au fond (II. (B)).

\*

<sup>8</sup> Avis du Conseil d'Etat relatif au projet de loi sur les sociétés commerciales (1915) à la page 46.

<sup>9</sup> Propos de M. André PRŪM, Professeur agrégé des facultés de droit, Doyen de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université de Luxembourg, dans „*Le projet de refonte global du droit des sociétés*“, Collection de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Le Nouveau Droit Luxembourgeois des Sociétés, 2008, Editions Larcier, Livre contenant les documents du colloque organisé le 7 décembre 2007 sur les réformes du droit des sociétés.



## **2. LE PROJET EN TANT QU'ABOUTISSEMENT DE LA MODERNISATION DU DROIT DES SOCIÉTÉS LUXEMBOURGEOIS**

### **2.1. La forme du Projet**

La Chambre de Commerce souligne qu'il faut préserver avant toute chose le dynamisme économique dont le Grand-Duché de Luxembourg a su faire preuve jusqu'à maintenant, tout en légiférant dans les domaines où la pratique a pris le dessus, faute de base légale.

Malheureusement, la Chambre de Commerce a constaté que le projet escompté de rendre la loi plus facile d'emploi n'a pas toujours trouvé sa place dans le texte du Projet, faute d'une trop grande technicité de certains mécanismes. En ce sens, la modernisation ne se retrouve pas toujours dans la structure même de la loi. La LSC reste très difficilement accessible au lecteur, même averti, les redites sont nombreuses, l'agencement des articles semble parfois dépourvu de logique et la terminologie employée par les auteurs est quelque peu surannée.

Pour tout lecteur non spécialisé en matière de droit des sociétés, mais également pour les spécialistes, la lecture de ce Projet s'avère fastidieuse et sans réel fil conducteur laissant transparaître la volonté réelle des auteurs. La Chambre de Commerce constate la bonne volonté des auteurs de faire de cette loi une loi plus lisible, mais elle doit malheureusement critiquer le Projet tel qu'il est ressorti de la plume des auteurs et souligner son manque de caractère „*luxembourgeois*“.

#### **2.1.1. Les définitions de certains termes juridiques redondants**

La Chambre de Commerce a remarqué un grand nombre de termes non définis qui peuvent donner lieu à des spéculations juridiques pouvant mener à des incompréhensions de la part du lecteur.

Afin de palier à ces lacunes, la Chambre de Commerce, conformément à l'approche anglo-saxonne, préconise la création d'un titre préliminaire (Préambule) regroupant un ensemble de définitions de termes se retrouvant à plusieurs reprises dans la LSC, ou qui sont simplement nommés, mais non définis dans les articles.

En effet, cette façon de procéder apporterait une plus-value à la loi, étant donné que les interrogations par rapport à la définition de certains termes ne seraient plus aussi nombreuses. Elle faciliterait par ailleurs le travail des tribunaux, qui ne devront plus essayer de trouver une définition adéquate à tout terme non défini par la LSC, définition qui ne correspondra pas nécessairement au souhait des auteurs.

La Chambre de Commerce est sûre que cette proposition pourrait éviter grand nombre d'interrogations de la part du lecteur avisé ou non, et éviter le cas échéant des interprétations divergentes en la matière.

#### **2.1.2. L'exposé des motifs et le commentaire des articles**

La Chambre de Commerce regrette un exposé des motifs d'ordre essentiellement technique, qui ne fait en grande partie que passer en revue une à une les différentes modifications proposées, sans donner la raison inhérente au changement projeté.

L'exposé des motifs ne procède guère à une mise en perspective des mesures proposées, en particulier à une analyse sur les conséquences économiques et juridiques bénéfiques qu'elles sont censées produire. Il ne procède pas non plus de manière systématique à une comparaison entre les avantages et les inconvénients des solutions adoptées par le droit français et le droit belge pour retenir la solution qui s'avère la mieux adaptée aux spécificités luxembourgeoises.

La Chambre de Commerce pense que le commentaire des articles se borne trop souvent à renvoyer sans autre explication à la source d'inspiration belge ou française.

Par ailleurs, le volet le plus important, à savoir la pratique luxembourgeoise, n'est pas toujours pris en compte dans le choix des différentes modernisations. La technique des auteurs de s'inspirer tantôt du droit français, tantôt du droit belge, est à la base la bonne approche, mais le lecteur n'arrive pas à retrouver l'appréciation des auteurs quant au choix retenu, ni la mise en relation avec les besoins du marché luxembourgeois.

Malheureusement cette façon de procéder peut mener à des incohérences entre le Projet et la situation réelle sur le marché luxembourgeois. Le lecteur reste sur sa faim, ne comprend pas toujours le point

culminant du changement projeté, et de nombreuses recherches dans le droit des sociétés belge et français doivent être effectuées afin de comprendre le cheminement des changements proposés par les auteurs.

Pour un Projet qui ne se limite pas à un pur toilettage de la LSC, mais qui vise au contraire à procéder à la plus grande modernisation de la LSC depuis 1915, tous les praticiens du droit s'attendent à un commentaire des articles qui analyse, pour l'essentiel des dispositions en cause, les besoins pratiques ou du marché menant à la décision de réformer l'article en question, qui donne une explication de la réforme projetée, de ses implications juridiques et pratiques et explique quelle est la source d'inspiration (tantôt le droit belge, tantôt le droit français). Les auteurs du Projet auraient bien fait de s'inspirer du caractère limpide de l'avant-projet relatif aux sociétés commerciales de M. Jean CORBIAU<sup>10</sup>: il s'agit d'un texte facile d'accès, qui permet encore au lecteur d'aujourd'hui, plus de 100 ans après sa rédaction, de saisir la volonté des auteurs d'antan. Il discute les articles proposés dans une approche dialectique, éclaire le lecteur sur le sens à donner aux articles, les raisons ayant guidé le rédacteur de s'écarter du projet belge.

### ***2.1.3. La numérotation des articles de la LSC***

La Chambre de Commerce constate que la numérotation des articles devient de plus en plus compliquée et n'est plus à considérer comme suivant une logique certaine. Une renumérotation complète devrait être envisagée d'après la Chambre de Commerce, selon la manière dont a été renuméroté le Code du Travail luxembourgeois.

### ***2.1.4. Le temps employé pour les verbes dans la LSC***

Les auteurs du Projet ont appliqué à plusieurs reprises le futur dans la loi. La Chambre de Commerce est d'avis qu'il conviendrait de n'utiliser que le présent afin d'uniformiser l'emploi des temps.

### ***2.1.5. La conclusion de la Chambre de Commerce quant à la forme du Projet***

Alors même que le Projet a été en gestation pendant un certain temps à cause de sa haute complexité, la Chambre de Commerce ne peut s'empêcher de penser que certains passages ont été écrits à la hâte. Comme tout projet de grande envergure, il comporte par moment des erreurs matérielles comme la discordance entre le commentaire des articles et le texte du Projet proprement dit, des renvois parfois erronés à certains articles, une discordance entre le libellé de différents articles qui, du voeu du commentaire des articles et selon les règles du bon sens, devraient être identiques, ou encore une numérotation parfois défailante des paragraphes et alinéas des articles. La Chambre de Commerce sait pertinemment que nul n'est à l'abri de telles fautes superficielles.

Cependant, le lecteur ne peut s'empêcher de noter un certain manquement d'explications de la part des auteurs qui risque d'ouvrir la porte à toutes sortes d'interprétations du texte et à des errements jurisprudentiels.

Dans un souci de cohérence juridique, et afin de doter le Grand-Duché de Luxembourg d'une loi régissant les sociétés commerciales qui continue à être facile d'accès et d'utilisation pour les praticiens du droit, la Chambre de Commerce propose aux auteurs de revoir le présent Projet au regard de sa cohérence interne, de redresser les erreurs matérielles, de motiver davantage les choix exercés et d'analyser les répercussions sur d'autres textes de loi. La Chambre de Commerce soulève dans le commentaire des articles qui suit un certain nombre de ces incohérences. Cependant, face à la tâche titanesque de revoir tous les articles de la LSC quant à leur pure cohérence interne, le commentaire de la Chambre de Commerce ne peut hélas prétendre à l'exhaustivité.

En dernier lieu, et dans un souci de facilité supplémentaire, la Chambre de Commerce suggère de supprimer les nombreux renvois à des articles et de remplacer les références d'un régime sociétaire à un autre par la reproduction du texte complet. La loi gagnerait certainement en clarté et lisibilité.

La Chambre de Commerce tient cependant à souligner que la tâche impartie aux auteurs fût énorme, et qu'aussi bien la LSC et que le fonctionnement du marché luxembourgeois sont très complexes.

<sup>10</sup> Sociétés commerciales, avant-projet de loi par Monsieur Jean CORBIAU, 1905, Victor Bück.

## 2.2 Le fond et le contenu du Projet

Le droit des sociétés luxembourgeois en général et le Projet en particulier se construisent sur la base de deux principes fondateurs, à savoir „*Liberté pour les associés, sécurité pour les tiers*“ que le professeur de droit de l’Université de Louvain Albert NYSSENS<sup>11</sup> avait déjà appliqués en 1882 lors de ses travaux sur l’avant-projet sur les sociétés commerciales, projet qui ne fut pas retenu par le législateur luxembourgeois.

L’actuel Projet s’oriente également sur ces deux principes fondateurs de notre loi sur les sociétés commerciales.

La liberté contractuelle des associés se retrouve aussi bien dans les choix de structures laissés aux acteurs économiques qu’au niveau de l’organisation interne des pouvoirs de la société et des modes de financement de celle-ci.

Le Projet promet non seulement d’accroître la sécurité des tiers, mais aussi celle des associés et insiste sur la généralisation de la sécurité dans le droit des sociétés par le biais d’une loi facilement compréhensible et accessible.

Ces deux principes généraux tant prônés dans l’exposé des motifs ont-ils réellement trouvé application dans le présent Projet?

### 2.2.1. Le principe de la liberté contractuelle des associés

#### 2.2.1.1. *Le Projet et sa conception de la liberté sont consacrés dans le choix de la structure sociétaire par les acteurs économiques*

Le but poursuivi par le législateur depuis toujours est d’accroître l’attrait de la place luxembourgeoise en accordant le plus possible de choix et de liberté aux protagonistes du marché, tout en laissant persister un certain nombre de règles afin de ne pas créer d’insécurité juridique.

Le Projet propose deux variations sur ce même thème, à savoir la création d’une nouvelle forme sociétaire qu’est la société par actions simplifiée (ci-après la „SAS“), ainsi que l’élargissement des possibilités de transformation de sociétés existantes.

##### 2.2.1.1.a) La création d’une nouvelle forme sociétaire au Grand-Duché de Luxembourg: la société par actions simplifiée (la „SAS“)

Dans leur quête de nouvelles formes sociétaires, les auteurs du Projet se basent sur le droit français qui a introduit la SAS dans son système légal en 1994<sup>12</sup>. La nouvelle SAS française prévoit une structure légale légère et l’essentiel des règles repose sur la volonté des parties. Elle a le but de combiner la liberté contractuelle avec l’efficacité de la personnalité morale.

La SAS est une société dont le capital est divisé en actions et qui est constituée par une ou plusieurs personnes qui n’engagent qu’une mise déterminée.

La base de fonctionnement de la SAS est la liberté contractuelle laissée aux associés qui peuvent ainsi concevoir les statuts selon leurs besoins. Elle est cependant constituée comme une société „fermée“ et ne peut donc ni émettre publiquement des actions, ni des obligations convertibles ou munies d’un droit de souscription. Elle a seul le droit d’émettre publiquement, ou par voie privée des obligations simples, comme toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique.

En France, la SAS a trouvé son origine dans les propositions émanant des milieux professionnels, en particulier de grands groupes industriels, qui ont souhaité disposer d’un instrument juridique souple pour coopérer entre elles et avec des partenaires étrangers. En effet, la loi française sur les sociétés commerciales de l’époque était contraignante en matière de fonctionnement des SARL et surtout des SA, sans que le caractère impératif de beaucoup de ses dispositions soit rationnellement justifié.<sup>13</sup> L’expérience a cependant montré que la SAS était particulièrement bien adaptée aux petites et moyennes entreprises (PME), notamment aux entreprises innovantes. La souplesse de la SAS a aussi séduit les

<sup>11</sup> Né en 1855 et décédé en 1901.

<sup>12</sup> Loi numéro 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée (France).

<sup>13</sup> GUYON Yves, Droit des affaires, ECONOMICA, 10e édition, Tome 1, Droit commercial général et Sociétés.

groupes de sociétés qui choisissent désormais fréquemment cette structure, notamment pour leurs filiales contrôlées à 100%. Elle est également de plus en plus utilisée en cas d'association d'entrepreneurs avec des investisseurs. En revanche, son emploi pour mettre en oeuvre des collaborations intra-entreprises („*joint ventures*“) reste marginal en France.

Il ne faut pas perdre de vue qu'en France la SAS a été créée pour échapper au formalisme de la SA. Par ailleurs, la France ne connaît pas la SA unipersonnelle, car en France le nombre minimum d'actionnaires doit être de sept pour la constitution d'une SA, alors que la possibilité de former une SA unipersonnelle existe au Luxembourg. En plus, le formalisme de la SA n'est pas aussi marqué au Grand-Duché de Luxembourg qu'il ne l'est en France et le législateur a assuré de plus en plus de libertés aux constituants et actionnaires d'une SA.

La doctrine française estime encore que la SAS française peut se constituer avec un capital variable<sup>14</sup>, alors que le Projet ne prévoit pas cette même souplesse pour la SAS luxembourgeoise. La possibilité de créer une SAS à capital variable permettrait de démarquer la SAS davantage de la SARL et de la SA luxembourgeoise et de réaliser facilement des augmentations et des réductions du capital social.

Dans le modèle luxembourgeois créé par les auteurs, la Chambre de Commerce relève entre autres positivement le fait que les SAS ne seront pas obligées de désigner un réviseur. En effet, les SAS ne sont pas visées par l'article 60 de 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. L'économie financière engendrée sera en pratique non négligeable. Il va sans dire qu'il est loisible à la SAS de désigner néanmoins un réviseur, notamment pour des raisons de „*corporate governance*“<sup>15</sup>.

Le but des auteurs devra donc être de clairement articuler les différentes sociétés entre elles, afin que le lecteur puisse se faire une idée des avantages ou désavantages liés à la constitution de chaque forme de société. Le futur de toute nouvelle forme sociétaire n'est pas prévisible, et ne peut pas être prévu, mais dépendra des besoins du marché luxembourgeois.

#### 2.2.1.1.b) L'élargissement du régime de transformation des sociétés constitue-t-il réellement une plus-value?

Les auteurs ont voulu compléter les mesures relatives aux opérations de fusions et de scissions, des apports aux cessions d'universalités ou partiels d'actifs et des transferts de patrimoine professionnels entreprises ces dernières années, en prévoyant une réforme du régime de la transformation des sociétés.

En effet, la transformation n'était possible jusqu'à maintenant qu'entre sociétés commerciales ou d'une société civile en société commerciale. Les transformations de sociétés commerciales en sociétés civiles ou en groupements d'intérêts économiques (GIE) n'étaient pas prévues dans les textes de loi actuels.

Le Projet élargit les cas de transformations d'entreprises à toutes sortes de transformations d'entités privées dotées de la personnalité juridique (société ou GIE) en une autre forme de société ou de groupement d'intérêt économique.<sup>16</sup> L'inspiration est ici encore le droit belge et vise surtout à éviter des augmentations des engagements des associés et à protéger les tiers contre les atteintes à leurs droits.

La Chambre de Commerce regrette cependant le surplus de formalités que génère cette réforme des transformations de sociétés. En effet, elle ne peut accepter le fait que les deux premières années de l'existence de la société la transformation de la société ne soit possible que de l'accord unanime de tous les associés car elle n'y voit pas d'intérêt économique ni juridique. Les intérêts des tiers ne seront

<sup>14</sup> En ce sens notamment: Mémento Sociétés commerciales 2005, point 14941 et Lamy Sociétés commerciales 2004, point 3992.

<sup>15</sup> Dans une acception large, la gouvernance d'entreprise ou „*corporate governance*“ représente l'organisation du contrôle et de la gestion de l'entreprise. De façon plus étroite, le terme de gouvernance d'entreprise est utilisé pour désigner l'articulation entre l'actionnaire et la direction de la société, et donc principalement le fonctionnement du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance. Source: VERNIMMEN, Finance d'entreprise 2009, Dalloz Sept. 2008.

<sup>16</sup> Propos de M. André PRŪM, Professeur agrégé des facultés de droit, Doyen de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université de Luxembourg, dans „Le projet de refonte global du droit des sociétés“, Collection de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Le Nouveau Droit Luxembourgeois des Sociétés, 2008, Editions Larcier, Livre contenant les documents du colloque organisé le 7 décembre 2007 sur les réformes du droit des sociétés.

aucunement touchés par la suppression de ce délai, étant donné que la procédure de transformation en général est largement protégée par les formalités qui l'encadrent. Par ailleurs, d'un point de vue économique, la Chambre de Commerce estime que cette disposition freine la liberté des associés qui n'ont pas droit à l'erreur lors de la création de la société, sous peine de rester prisonniers de la structure qu'ils ont choisie.

La Chambre de Commerce estime aussi que l'obligation d'un acte authentique pour la transformation peut s'avérer inutile et coûteuse pour les sociétés n'ayant pas cette obligation lors de leur constitution.

Au final, même si l'extension du régime des transformations donne un surplus de liberté aux associés, la Chambre de Commerce pense que le régime actuellement prévu par les auteurs est trop rigide et implique trop de formalités pour apporter une réelle plus-value aux acteurs économiques par rapport au système antérieur. En effet, elle pense que le surplus de liberté est bradé par le surplus de formalités.

#### 2.2.1.2. *La liberté contractuelle est renforcée en matière d'organisation du pouvoir dans les sociétés*

Le droit luxembourgeois des sociétés s'est toujours basé sur son principe „*une action, une voix*“, qui ne voit d'exception qu'en matière d'actions sans droit de vote et de parts bénéficiaires non représentatives du capital assorties ou non d'un droit de vote.

Les auteurs du Projet voient en cette conception luxembourgeoise une tradition désormais „démodée“.

A cet effet, la liberté contractuelle tant prônée doit se retrouver dans la façon dont les droits et pouvoirs des actionnaires des SA sont aménagés (1°), mais aussi dans le choix de la structure de gestion et/ou de direction des sociétés (2°).

##### 2.2.1.2.a) Les mesures du Projet ayant une incidence sur les droits et pouvoirs des actionnaires

Le Projet introduit entre autres la possibilité pour les SA d'émettre des actions d'inégale valeur tout en sauvegardant l'égalité proportionnelle entre actionnaires.

Cette nouvelle possibilité peut apporter aux yeux de la Chambre de Commerce une meilleure structuration du capital social. Par ailleurs, la levée de fonds de la SA peut ainsi être facilitée par la possibilité d'émettre des actions qui répondent parfaitement aux besoins et attentes des investisseurs en termes de pouvoir financier et vital.

La Chambre de Commerce regrette cependant que les auteurs du Projet n'aient pas motivé leur choix de supprimer l'obligation des actions d'égale valeur.

Le Projet ajoute aussi le droit d'émettre des droits de souscription autonomes ou des actions sous le pair comptable des actions anciennes.

Il faut également relever dans ce cadre la nouvelle possibilité accordée aux SA d'organiser un droit de priorité à l'occasion d'augmentations de capital pour lesquelles les droits de préférence ont été supprimés ou du moins limités. Le Projet fixe le principe d'un droit de priorité en cas d'augmentation de capital, sans pour autant limiter dans le temps la période de souscription. La Chambre de Commerce préconise l'introduction d'un délai de nature supplétive auquel les parties auront la possibilité de déroger.

Une autre innovation est l'introduction des actions à droit de vote double, censées remercier les „anciens“ actionnaires (actionnaires depuis plus de deux ans) de leur assiduité au sein de la société. Cette innovation doit être vue comme un moyen de fidélisation des „anciens“ et peut constituer une réelle amélioration de leur situation en leur donnant un surplus de confiance dans la société dans laquelle leurs fonds sont placés.

Finalement, les auteurs du Projet ont décidé de supprimer l'interdiction de la cession d'actions ou d'obligations futures.

Malgré ces changements nombreux et pour la plupart bénéfiques contenus dans le Projet des auteurs, la Chambre de Commerce se prend la liberté de soulever une carence du Projet. La Chambre de Commerce a procédé à une consultation de ses ressortissants et d'autres praticiens afin de savoir si la

pratique n'utilisait pas des structures juridiques qui mériteraient d'être réglementées et formalisées dans le Projet sous avis dans le but d'éviter l'insécurité juridique.

Dans cet ordre d'idées, certains praticiens ont fait état de l'application des „*actions traçantes*“ dans la pratique luxembourgeoise sans que celles-ci ne disposent de base légale exhaustive. Ces actions traçantes sont encore appelées „*tracking stocks*“, „*tracking shares*“ ou „*actions reflet*“. Une telle action traçante peut être définie comme un titre de capital qui suit les performances d'une activité à l'intérieur d'une société ou d'un groupe. Elle reflète la performance économique d'une activité intégrée à une entreprise tout en ne constituant pas une entité juridique distincte et elle confère donc à leur détenteur des droits comparables à ceux de l'action ordinaire, excepté une participation aux bénéfices spécifiques d'une division de l'entreprise émettrice.

En 2000, la Commission des opérations de Bourse française (la „COB“) a publié un rapport<sup>17</sup> favorable sur l'introduction des actions traçantes en France et la société Alcatel a été la première société française à émettre de telles actions traçantes en automne 2000.

Les actions traçantes existent surtout aux Etats-Unis où elles sont avant tout utilisées dans les grands groupes de sociétés ayant plusieurs activités ou plusieurs investissements différents. Cependant, le mécanisme des tracking stocks aux Etats-Unis est très complexe et n'est pas utilisé en tant que tel au Grand-Duché de Luxembourg ou en France. En effet, l'introduction au Grand-Duché de Luxembourg des actions traçantes pourrait formaliser certaines pratiques existantes et réduire par ailleurs les coûts des entreprises, notamment pour les groupes de sociétés car la création d'une filiale séparée par investissement projeté ne sera plus nécessaire.

A première vue, la constitution d'actions traçantes peut apparaître comme contraire au principe d'égalité entre les actionnaires de la société, puisque seuls les risques liés à l'activité ou à l'investissement tracé seront soutenus par les actionnaires détenant des actions traçantes. Mais, tel n'est pas réellement le cas.

La différence applicable aux montures juridiques permet aux praticiens de prévoir un partage entre tous les actionnaires des pertes mais aussi des profits qui sont communs à l'intégralité de la société et qui ne sont pas liés à une branche particulière. Mais, là encore, la structure juridique dépend des souhaits des investisseurs ou des concepteurs. On peut aussi prévoir que les actionnaires détenant des actions traçantes peuvent se voir octroyer un droit de souscription préférentiel pour l'émission de nouvelles actions non traçantes de la société. L'*affectio societatis* reste dès lors conservé.

Par ailleurs, la législation actuelle permet déjà la création d'actions privilégiées sans droit de vote et les dividendes alloués en vertu des actions traçantes peuvent être comparés à des dividendes privilégiés.

De la même manière, le rachat d'une catégorie d'actions ne méconnaît pas le principe d'égalité entre les actionnaires dans la mesure où, en autorisant l'émission de différentes catégories de titres, la loi admet par la même une différence de traitement de ces porteurs par rapport aux actionnaires ordinaires.

Au Grand-Duché de Luxembourg, le mécanisme des actions traçantes est surtout utilisé dans les fonds d'investissements non réglementés ou dans les grands groupes de sociétés. L'intérêt principal est d'investir dans un domaine d'activité précis d'une société qu'on juge plus profitable qu'une autre, et d'être de cette façon plus sûr d'en tirer un profit certain.

La Chambre de Commerce rend cependant aussi attentif au fait que l'introduction de cette forme d'actions nécessite d'autres changements. D'une manière générale, lorsque l'actif net d'une société, tel qu'il ressort des comptes annuels, est ou deviendrait à la suite d'une distribution aux actionnaires inférieur au montant du capital souscrit augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer, aucune distribution de dividendes ne peut avoir lieu<sup>18</sup>. Dans ce cas, aucune distribution ne pourra avoir lieu, même dans la branche des actions traçantes, alors que l'intérêt principal des actions traçantes est de toucher des dividendes dans le domaine d'activité pour lequel les actions traçantes ont été créées. L'intérêt de l'émission des actions traçantes ne serait donc plus donné et leur émission resterait sans aucun effet.

<sup>17</sup> „L'introduction en France d'actions traçantes“, COB, Rapport de travail présidé par Monsieur René BARBIER DE LA SERRE, juillet 2000.

<sup>18</sup> Article 72-1 de la LSC.

Il échet donc de décider si cette forme d'actions doit être introduite ou non dans le système luxembourgeois. La Chambre de Commerce n'y voit pas d'obstacles, mais au contraire une autre consécration d'une pratique courante.

#### 2.2.1.2.b) Les mesures du Projet ayant trait à la gestion ou à la direction de la société

Les auteurs du présent Projet ont décidé de consacrer légalement une pratique de longue date au Grand-Duché de Luxembourg: une disposition légale sur le comité de direction a été proposée.

Actuellement, grand nombre de sociétés luxembourgeoises abritent déjà des comités de direction en leur sein. Ils ont été mis en place afin de contrer le fait qu'en pratique le conseil d'administration ne peut en aucun cas assumer toute la gestion de la société sans avoir des „hommes sur le terrain“. Surtout dans les grandes entreprises subdivisées dans plusieurs départements, les décisions de tous les jours („*daily business*“) touchent parfois à plusieurs départements. Dans ces cas, les départements doivent avoir la possibilité de disposer d'une structure leur permettant de trouver une solution rapide à des problèmes pratiques. Recourir à chaque fois au conseil d'administration s'avère être fastidieux, étant donné que dans la plupart du temps les administrateurs ne travaillent pas au sein de l'entreprise et ce recours engendre le plus souvent une perte énorme de temps non seulement pour l'entreprise, mais aussi pour les administrateurs qui ne sont pas toujours au courant des problèmes quotidiens de l'entreprise.

Dans un but de consécration de cette notion de comité de direction, il est absolument nécessaire de prendre en considération le fonctionnement pratiqué actuellement au sein des sociétés disposant déjà de comités de direction. La Chambre de Commerce pense qu'en adoptant le texte tel qu'il se trouve actuellement dans le Projet, grand nombre de sociétés auront du mal à concilier leurs comités actuels avec la nouvelle loi. En effet, la Chambre de Commerce se doit de relever que les comités de direction actuellement constitués ne correspondent pour la plupart pas à la définition des comités de direction tel que le Projet sous avis les définit. La Chambre de Commerce pense que la meilleure façon de donner une assise juridique aux comités de direction est de prévoir un élargissement des délégations à des délégations des pouvoirs autres que journalières.

En ce qui concerne les résolutions circulaires des conseils d'administration pratiquées depuis longtemps par les sociétés luxembourgeoises, elles trouvent aussi leur consécration formelle dans le nouveau Projet. Les administrateurs ainsi que les membres du conseil de surveillance d'une SA peuvent dorénavant prendre certaines décisions par écrit (à l'unanimité) si les statuts les y autorisent. La Chambre de Commerce accueille favorablement cette décision de consécration légale des résolutions circulaires qu'elle avait d'ailleurs préconisée dans son avis du 24 novembre 2005 sur le projet de loi No 5352 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle, modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et certaines autres dispositions légales, et souligne le surplus de protection juridique que cette consécration apporte à une pratique de longue date au Grand-Duché de Luxembourg.

Enfin, la présence aux assemblées générales par le biais de moyens techniques de communication à distance et de la vidéoconférence est rendue possible pour les actionnaires des SA et des SARL se trouvant à l'étranger au moment de l'assemblée générale. Seule une personne doit se trouver au Grand-Duché de Luxembourg et elle n'a même pas l'obligation de présence au siège social de la société. La Chambre de Commerce est d'avis que cette disposition ne peut pas être acceptée. Elle préconise la présence d'une personne au *siège social* de la SA, tout comme les auteurs l'ont prévu pour les SARL. En effet, il est impératif d'assurer un ancrage de la substance de la société.

La Chambre de Commerce souligne que toutes ces mesures depuis longtemps appliquées en pratique sont très importantes pour consacrer la flexibilité et la liberté nécessaires à une bonne gestion et direction d'une société. Elle met cependant aussi en garde contre une pratique de tenue des assemblées de plus en plus libérale, évitant tout formalisme quelconque.

#### 2.2.1.2.c) La liberté contractuelle des associés est également renforcée au niveau du financement de la société

En termes de liberté de financement, le Grand-Duché de Luxembourg connaît déjà une certaine flexibilité pour les SA, tandis que le financement des SARL reste à un niveau plus restreint. Cette restriction est nuancée dans le Projet.

Dans des termes tout à fait généraux, le Projet reconnaît à toute société dotée de la personnalité juridique le droit de se financer par le biais d'un emprunt obligataire simple c'est-à-dire par l'émission d'obligations non convertibles en actions, ni assorties de bons de souscription d'actions. Cette émission peut être privée ou peut se faire par levée de fonds auprès du public. La SARL, qui auparavant ne pouvait qu'émettre des obligations par voie privée, peut dorénavant le faire en s'adressant au public. L'émission d'actions au public reste défendue pour maintenir le caractère fermé de la SARL.

En ce qui concerne l'émission d'obligations convertibles ou assorties d'un droit de souscription, les SARL ont également le moyen d'en profiter, mais le souscripteur de ces titres („l'obligataire“) devra d'emblée se soumettre à la procédure d'agrément par une majorité renforcée des associés existants dans la SARL.

La Chambre de Commerce salue ces moyens de financement destinés à la SARL qui lui accorde une plus grande flexibilité et donc une plus grande liberté dans son financement.

Par ailleurs, la SARL peut réaliser des apports en industrie si ses statuts le prévoient. Selon la Chambre de Commerce, cette possibilité accroît également la liberté contractuelle des associés, tout en la superposant à l'accord des associés de l'intégrer dans les statuts de la société.

### ***2.2.2. Quelle consécration pratique est réservée au principe de la sécurité renforcée dans le Projet?***

Le Grand-Duché de Luxembourg a besoin d'une législation sur les sociétés commerciales qui soit non seulement libérale pour les associés et actionnaires des sociétés concernées, mais qui soit également à même de créer un sentiment de sécurité dans l'esprit des tiers qui traiteront au quotidien avec ces sociétés. En effet, une législation peu protectrice des droits des tiers peut nuire aux sociétés, étant donné que certains tiers seront réticents à traiter avec des sociétés sans savoir profiter d'une protection légale adéquate en cas de survenance de difficultés.

Le Projet sous avis se propose de souligner davantage cette nécessité de protection des tiers en prévoyant un élargissement de leur sécurité juridique, mais aussi une meilleure protection du juste équilibre entre les intérêts sociétaires en cause.

#### ***2.2.2.1. La sécurité peut être renforcée au niveau de la société en prévoyant un élargissement des droits et responsabilités des associés/actionnaires***

Jusqu'à maintenant, la LSC ne prévoyait pas de régime extensif de la protection des minoritaires au sein d'une société luxembourgeoise. Certaines dispositions de la loi visaient les intérêts des minoritaires, comme par exemple la possibilité de convocation de l'assemblée générale à la demande de 20%<sup>19</sup> au moins du capital social<sup>20</sup>, la prorogation de l'assemblée générale à la demande de 20% au moins du capital social, la possibilité de nomination d'un ou de plusieurs commissaires<sup>21</sup> afin de vérifier les comptes et livres de la société par des actionnaires ou associés représentant 20% au moins du capital social, la nécessité d'un accord unanime en cas de changement de nationalité<sup>22</sup> de la société, ou enfin, des protections sociales applicables en cas de fusions et de scissions de sociétés anonymes<sup>23</sup>.

Afin d'éviter des situations de blocage dans la vie de la société, le principe de la majorité, qui est le fondement de toutes les délibérations des assemblées d'actionnaires ou associés, a toujours prévalu.

Cependant, face à la majorité qui impose ses décisions, il y a une minorité qui doit les accepter. Toute acceptation est facile, s'il est clair que la décision imposée est une décision qui suit l'intérêt général de la société. Mais dans le cas où la majorité abuse de ses droits pour parvenir à des décisions n'étant favorables qu'à leur propre but recherché, l'acceptation est plus difficilement concevable pour ceux qui sont laissés pour compte.

<sup>19</sup> Le projet 5730 réduit ce taux à 10%.

<sup>20</sup> Article 70 LSC.

<sup>21</sup> Article 154 LSC.

<sup>22</sup> Article 67-1 LSC.

<sup>23</sup> Articles 264, 279, 292, 306 LSC.



Dans cette optique, les auteurs du Projet se sont inspirés des systèmes législatifs de nos voisins pour renforcer notre régime de protection des minoritaires par l'introduction de plusieurs mesures visant à renforcer leur position au sein de la société, sans toutefois perdre de vue le principe que la majorité est un „*procédé qui tend à favoriser l'action*<sup>24</sup>“.

#### 2.2.2.1.a) Une protection des minoritaires renforcée

Jusqu'à maintenant, la plupart des situations conflictuelles opposant des minoritaires à la position de contrôle des majoritaires ne pouvaient se résoudre que par le recours à la théorie de l'abus de droit<sup>25</sup>. Le minoritaire confronté à un abus de majorité<sup>26</sup> ne devait donc non seulement démontrer que les décisions attaquées par ses soins étaient contraires aux intérêts de la société, mais aussi prises dans l'unique dessein de favoriser la majorité au détriment de la minorité.

Dans un objectif de renforcement de leurs droits, le Projet a notamment prévu l'action sociale minoritaire, mais aussi un élargissement de l'expertise de gestion.

##### – *renforcement des droits minoritaires par l'action sociale minoritaire*

Il est clair que la situation des abus de majorité doit autant que possible être évitée au sein d'une entreprise. Dans cette optique, le Projet prévoit l'introduction de l'action sociale minoritaire, laissant la possibilité à un ou plusieurs actionnaires et aux titulaires de parts bénéficiaires, possédant des titres ayant le droit de voter à l'assemblée générale prononçant la décharge représentant au moins 1% des voix attachées à l'ensemble de ces titres, d'agir contre les administrateurs (membres du directoire ou conseil de surveillance).

Afin d'éviter d'éventuels abus, le Projet prévoit comme sanction en cas de rejet de la demande des minoritaires la condamnation personnelle des demandeurs aux dépens et, s'il y a lieu, aux dommages et intérêts envers les défendeurs.

La Chambre de Commerce accueille favorablement cette nouvelle action sociale minoritaire, qui crée effectivement un surplus de protection pour les minoritaires. Mais, elle déplore cependant que les auteurs n'aient pas autrement commenté l'introduction de cette action sociale minoritaire: en effet, ni les répercussions sur le rapport de force *majorité - minorité*, ni de quelle sorte d'action il s'agit quant au fond n'ont été détaillées dans les commentaires de l'article.

##### – *le renforcement des droits minoritaires par le droit de faire examiner les actes de gestion de la société par des commissaires*

Actuellement, les actionnaires ne peuvent que très restrictivement faire usage du droit de faire examiner les actes de gestion de la société. Ce droit n'est prévu que dans des circonstances exceptionnelles, et ne peut porter que sur une vérification des livres et des comptes de la société par des commissaires nommés par le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale. Il n'est réservé qu'à des actionnaires représentant seuls ou ensemble au moins un cinquième du capital.

Le Projet propose une réforme complète de ce dispositif en étendant le cercle des personnes pouvant demander une telle expertise à tout associé ou groupe d'associés qui représente au moins 10% des voix attachées à l'ensemble des titres existants. Les associés concernés pourront demander des précisions sur une ou plusieurs opérations de gestion de leur société ou d'une société contrôlée comprise dans le périmètre de consolidation. Si aucune réponse ne leur parvient dans le mois, ils peuvent obtenir par voie judiciaire la désignation d'un ou de plusieurs experts qui seront chargés de présenter un rapport sur les opérations de gestion en cause. Les frais de cette expertise peuvent être mis à la charge de l'entreprise par le juge des référés compétent.

Non seulement le seuil d'intervention pour demander une expertise de gestion est abaissé, mais cette nouvelle faculté est prévue pour toute sorte de société commerciale.

24 Citation du Professeur CARBONIER.

25 Abus de droit: le fait d'exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans un but manifeste de nuire à autrui, ou suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux. In Vocabulaire juridique, CORNU, PUF 6e édition.

26 Abus de majorité: exercice de leur droit de vote par les associés majoritaires à une assemblée générale ou par des administrateurs à un conseil d'administration, conduisant à une décision contraire à l'intérêt de la société mais destinée à favoriser, au détriment des autres associés, l'intérêt personnel d'un ou de plusieurs membres de cette majorité de manière directe ou indirecte. In Vocabulaire juridique, CORNU, PUF 6e édition.

– *la protection des droits minoritaires par le changement de nationalité de la SA*

Le Projet prône la protection des droits des tiers comme étant un de ses principes fondateurs. La Chambre de Commerce relève cependant que cet objectif de renforcement de la protection des tiers n'est pas toujours respecté. En effet, les auteurs du Projet ont décidé de supprimer la règle de l'unanimité pour la décision de changement de nationalité dans la SA en basant leur décision sur l'argument d'une plus grande mobilité des sociétés.

Cet argument semble peu convaincant face au fait que par la consécration de la mobilité des sociétés les auteurs ont supprimé un des remparts principaux des droits des minoritaires. Cette suppression n'est pas cohérente avec leur idée de base de protection des droits minoritaires.

2.2.2.1.b) Le renforcement de la procédure de retrait, d'exclusion et de rachat

Le Projet tel que soumis à la Chambre de Commerce en 2007 prévoyait des dispositions relatives au „squeeze-out“ (retrait obligatoire) et au „sell-out“ (rachat obligatoire).

En ce qui concerne le retrait obligatoire („squeeze-out“), les actionnaires minoritaires pourront être forcés par les actionnaires majoritaires de vendre leurs participations dès lors que 95% du capital assorti du droit de vote et 95% des droits de vote se trouvent réunis directement ou indirectement entre les mains d'un actionnaire.

En ce qui concerne le „sell-out“, les actionnaires minoritaires ont la faculté de demander le rachat obligatoire de leurs titres lorsqu'un actionnaire détient directement ou indirectement 95% du capital assorti du droit de vote et 95% des droits de vote.

Ces dispositions s'inspirent largement de la loi du 19 mai 2006 concernant les offres publiques d'acquisition portant transposition de la directive 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004.

Cependant, le gouvernement vient de déposer tout récemment en date du 9 janvier 2009, à la Chambre des Députés, un projet de loi No 5978 relative au retrait obligatoire et au rachat obligatoire portant sur les titres de SA admis ou ayant été admis à la négociation sur un marché réglementé. Ce projet a pour objet d'introduire en droit luxembourgeois des dispositions concernant le rachat obligatoire et le retrait obligatoire de titres de sociétés et dont les titres sont admis, ou ont antérieurement été admis, à la négociation sur un marché réglementé. Comme l'indique l'exposé des motifs du projet de loi No 5978, de telles dispositions ont déjà été incorporées dans le présent projet de loi No 5730 sous avis et font donc double emploi.

En effet, il a été relevé entre-temps que les articles sur le retrait obligatoire et le rachat obligatoire proposés dans le Projet sous avis ne relèvent pas du droit des sociétés en général, mais des seules sociétés dont les titres sont admis à un marché réglementé ou ont été antérieurement admis à un tel marché et n'ont donc pas véritablement leur place dans la LSC.

Comme le gouvernement a donc décidé d'extraire lesdites dispositions du Projet sous avis et de les inclure dans un autre projet, il est inutile de les commenter dans le cadre du présent avis.

2.2.2.1.c) Accroissement des responsabilités des administrateurs et des membres du directoire des SA

Avec une plus grande abondance d'actions sociales possibles, la possibilité pour l'administrateur d'engager sa responsabilité s'accroît de la même manière. L'action minoritaire ajoute une possibilité d'action aux minoritaires, et ajoute de même un cas de responsabilité au palmarès des administrateurs.

Le Projet prévoit non seulement un élargissement des cas d'ouverture des actions en responsabilités contre les administrateurs ou les membres du directoire, mais également un élargissement de leur responsabilité tout court. En effet, dans le cadre de pertes importantes de la société réduisant l'actif net à un montant inférieur à la moitié du capital social, les administrateurs ou les membres du directoire doivent convoquer une assemblée générale et faire un rapport spécial énonçant les solutions préconisées et les mesures proposées à cet effet qui sera mis à la disposition des actionnaires. Cette assemblée doit se réunir au plus tard dans les deux mois pour décider sur la poursuite ou non des activités ou sur une éventuelle dissolution de la société. S'ils ne convoquent pas l'assemblée, ils se voient confrontés à un cas d'ouverture de responsabilité aggravée pour violation de la loi. Le Projet établit directement une présomption simple au sujet de l'existence du lien de causalité entre la non-convocation de l'assemblée

par les administrateurs ou les membres du directoire et la dégradation de la situation financière de l'entreprise. La Chambre de Commerce accueille ce nouveau régime de responsabilités des administrateurs et des membres du comité de direction et espère qu'en pratique cette disposition sera également appliquée pour favoriser un réel échange et dialogue entre les actionnaires et les dirigeants. La relation entre les actionnaires et les administrateurs doit être renforcée afin d'assurer le bon fonctionnement des sociétés et d'éviter des situations conflictuelles au détriment des sociétés.

#### 2.2.2.1.d) Prévention des conflits d'intérêts

Laisser prévaloir l'intérêt personnel sur celui de l'entreprise peut avoir des conséquences néfastes pour l'ensemble de la gestion. Jusqu'à maintenant, la LSC prévoyait seulement des dispositions sur les conflits d'intérêts entre administrateurs. Le Projet étend ce régime aux délégués à la gestion journalière et aux membres du directoire et du conseil de surveillance.

Sont visés aussi bien les intérêts opposés de nature patrimoniale directs qu'indirects à une décision ou à une opération. Pour chaque société prise séparément, mais aussi pour les administrateurs, les délégués et les membres du conseil de surveillance, des articles réglementant les conflits d'intérêt sont prévus au lieu de ne prévoir qu'un régime général de conflits d'intérêts muni de certaines exceptions.

L'organe saisi du conflit d'intérêt a désormais l'obligation de dresser un rapport détaillé de l'opération en cause, de la décision prise et de la justification de cette décision, mais aussi des conséquences patrimoniales pour la société. Les auteurs se basent sur le droit belge dont ils reprennent le régime sans pour autant mettre en relation les droits belge et luxembourgeois afin de savoir si une telle mesure est nécessaire au Luxembourg. En effet, le droit luxembourgeois connaît de toute façon l'exclusion du dirigeant concerné du vote de la décision s'il existe un conflit d'intérêt, alors que cette disposition n'existe pas en droit belge qui a donc besoin d'un surplus de protection dans ces situations.

La Chambre de Commerce met en doute la nécessité d'une telle réforme et n'y voit pas vraiment d'intérêt économique. Les auteurs créent des situations où le formalisme prend trop le dessus, alors que les situations peuvent tout aussi bien se résoudre de par la pratique et les règles actuelles. Economiquement parlé, cette nouvelle réforme ne fait que faire perdre du temps précieux aux entreprises, alors que cette perte de temps n'aboutit pas à un surplus de sécurité.

#### 2.2.2.2. *Qu'en est-il de la protection des tiers?*

Afin de protéger les tiers qui s'engagent tous les jours dans le commerce avec les sociétés luxembourgeoises, que ce soit par la vente de marchandises, par le prêt d'argent, ou par la conclusion de contrats de toute sorte, le Projet a essayé de trouver des innovations utiles au maintien de la liberté déjà existante, mais aussi aux fins de la protection accrue des droits des tiers.

L'économie d'aujourd'hui est tellement volatile et prioritairement basée sur la confiance, où une simple rumeur peut altérer le sentiment de sécurité et par conséquent le comportement financier des tiers par rapport à une entreprise.

La société la plus concernée est avant tout la SARL qui échappe aux mesures de protection du capital instaurées par la 2e directive en matière de droit des sociétés<sup>27</sup>.

Dans cette optique, le Projet a décidé d'introduire un contrôle des apports en nature dans une SARL par un réviseur indépendant. Cette disposition crée un surplus de coûts aux SARL, surplus qui sera surtout non négligeable pour une SARL de petite taille.

Par ailleurs, la souscription de la SARL de ses propres parts ou le financement de leur acquisition par un tiers est désormais réglementée selon les choix suivis pour les SA. L'objectif dans ce cas doit être de réduire le risque qu'à travers le rachat de ses propres parts, la SARL ne réduise significativement ses capitaux propres sans que les créanciers en soient au courant. Mais, les auteurs n'ont pas été aussi stricts pour les SARL que pour les SA et n'ont pas repris toutes les contraintes applicables aux SA.

<sup>27</sup> Directive 77/91/CEE, 13 décembre 1976, constitution de sociétés anonymes, maintien et modification du capital, reprise par la loi du 24 avril 1983 et du 12 mars 1998.

Finalement, le Projet prévoit la nomination obligatoire d'un représentant permanent pour toute personne morale qui est nommée liquidateur et pour les personnes morales qui sont nommées membres du comité de direction.

Même s'il faut admettre que cette disposition est un pas de plus dans la direction d'une meilleure protection des tiers, qui savent que lorsqu'un représentant permanent est présent la continuité de la société est assurée, il faut dire que le formalisme qu'apportent ces dispositions fait quelque peu pâler tout autre bienfait visé.

### ***2.2.3. La protection par le biais d'une loi claire et complète***

Le but des auteurs est de créer une loi claire et transparente, qui se caractérise par sa facilité d'accès et d'application. D'une manière générale, on doit constater qu'un surplus de restrictions limite l'initiative des acteurs économiques, mais qu'un manque de liberté engendre le même réflexe. Il faut donc essayer de trouver un juste équilibre entre les deux concepts afin de satisfaire les besoins du marché sans toutefois créer des situations pouvant dégenerer et créer des effets contraires.

Le Projet veut également instaurer une protection généralisée des acteurs économiques en comblant les lacunes existant au niveau de l'application actuelle de la loi et en intervenant dans les domaines où le doute persistait jusqu'à maintenant.

Se pose cependant la question quels sont les domaines visés? Un domaine donnant depuis toujours lieu à des interrogations est le régime du démembrement de la propriété et l'usufruit<sup>28</sup> des droits sociaux. Cette problématique n'est malheureusement pas traitée dans la LSC, qui ne définit à aucun moment quels sont les droits respectifs de l'usufruitier et du nu-propriétaire de parts sociales. Malheureusement le Code civil n'a pas non plus réussi à fournir les réponses à la panoplie de questions relatives à cette matière, maintenant des situations pour la plupart conflictuelles entre les protagonistes.

Les auteurs ont créé un régime sur le démembrement des parts sociales dans le Titre V du Code civil afin de combler cette lacune persistant depuis longue date.

La Chambre de Commerce pense que la solution retenue par les auteurs du Projet constitue une plus-value pour le droit des sociétés, mais nécessite néanmoins de légers changements afin de s'intégrer au mieux dans le système luxembourgeois existant.

Le Projet amorce également une réforme du régime des nullités des assemblées d'associés ou d'obligataires. La Chambre de Commerce pense que l'introduction de ce régime jusqu'à maintenant inexistant est une bonne chose pour les acteurs économiques, mais elle regrette là encore que les auteurs ne soient pas allés jusqu'au bout de leurs réflexions et n'aient introduit qu'une partie des mesures nécessaires pour assurer un régime des nullités efficace.

Finalement, il ne faut pas oublier les aménagements des clauses léonines dans le Code civil qui autorisent désormais les conventions de portage, aménagement que la Chambre de Commerce salue.

### ***2.2.4. La conclusion générale de la Chambre de Commerce sur le Projet sous avis***

Les auteurs du Projet ont eu le bon réflexe de se baser sur les principes fondamentaux déjà utilisés par le professeur NYSENS lors de ses travaux préparatoires sur la loi de 1915 sur les sociétés commerciales.

Malheureusement, le but des auteurs de modifier substantiellement le droit des sociétés luxembourgeois et de créer un droit facile d'emploi et d'accès n'est pas atteint.

La Chambre de Commerce déplore que la plupart des changements n'aient pas été clairement expliqués et mis en relation avec la pratique luxembourgeoise.

<sup>28</sup> Selon l'article 544 du Code civil, le droit de propriété comporte trois prérogatives: le droit d'user (usus), le droit de percevoir les fruits de la chose (fructus) et le droit de disposer de la chose (abusus). Un démembrement de la propriété ne donne au propriétaire que certaines de ces prérogatives: l'usufruit, la nue-propriété, ou une servitude. L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance (article 578 du Code civil). Voir aussi article de Maître Danielle KOLBACH, avocat à la cour, „Les démembrements de propriété et l'usufruit des droits sociaux“ dans ACE No 1 janvier 2007 page 3 et suivantes.

Le but de simplification de la loi n'est pas encore complètement atteint, du moins pas dans son intégralité. En effet, certaines procédures jusqu'à maintenant peu formalistes, se voient octroyer des obligations supplémentaires (par exemple des rapports supplémentaires) sans qu'une réelle cause et plus-value puisse en être détectée.

Finalement, certaines des modifications proposées engendreront des coûts non négligeables pour les sociétés concernées, que notamment les plus petites structures auront du mal à assumer.

\*

## COMMENTAIRE DES ARTICLES

### *Concernant l'article I.– Modifications apportées au titre IX (Des Sociétés) du Code civil*

#### *Concernant l'article 1852bis*

En cas de démembrement de la propriété de parts sociales dans une société, le nouvel article 1852bis du Code civil réglera désormais, en cas de silence des statuts de la société, les droits respectifs revenant au nu-proprétaire et à l'usufruitier des parts sociales. Cet article fixe un régime général du démembrement de propriété des titres, qui doit se lire en combinaison avec les modifications apportées par le Projet à la LSC, modifications précisant encore davantage cette répartition pour chaque type de société.

La Chambre de Commerce salue en principe l'adoption d'un tel cadre légal, censé lever les insécurités juridiques et pratiques grevant à l'heure actuelle le démembrement de propriété des titres.

Avant de commenter le contenu de cette disposition, la Chambre de Commerce se permet néanmoins de faire une remarque relative au *positionnement* de cette disposition parmi les dispositions du „*Titre IX. Des sociétés*“ dans le Code civil. En effet, afin de respecter une certaine cohérence dans l'ordre retenu par le Code civil, on peut regretter que cette disposition soit insérée à la suite d'un article consacré aux actions des associés contre la société. Etant donné le caractère très général de cette disposition, la Chambre de Commerce est d'avis qu'elle trouverait plutôt sa place à la suite directe de l'article 1832 consacrant la définition du contrat de société.

L'article 1852bis du Code civil pose le principe général que le droit de vote appartient en principe au nu-proprétaire, à l'exception des décisions relatives à l'affectation des bénéfices. Suivant l'article 544 du Code civil, le droit de propriété comporte trois prérogatives: le droit d'user d'une chose („usus“), le droit d'en jouir et d'en percevoir les fruits („fructus“) ainsi que le droit de disposer d'une chose („abusus“). L'usufruit est un droit réel principal et confère donc à son propriétaire le droit d'utiliser la chose et d'en percevoir les fruits (donc l'usus et le fructus), alors que la nue-proprété donne à son propriétaire le droit de disposer de la chose et de toucher les produits de la vente de celle-ci. L'usufruitier est donc censé toucher les fruits relatifs à la chose sur laquelle son usufruit est grevé, alors que le nu-proprétaire peut en disposer, par exemple en la vendant et en touchant les fruits relatifs à cette disposition. Selon les auteurs du présent Projet, l'usufruitier aurait droit au „*bénéfice distribuable*“ issu des parts sociales, sauf disposition statutaire contraire.

La Chambre de Commerce est d'avis qu'il s'agit là d'une erreur de terminologie et qu'en l'espèce le terme „*bénéfice distribuable*“ devrait être remplacé par „*bénéfice distribué*“. En effet, le bénéfice ne devient „fruit“ qu'à compter de la décision de l'assemblée générale de la société décidant de la distribution. C'est à compter de cette décision que l'usufruitier devient créancier de la société à hauteur de la quote-part du résultat distribué lui revenant. L'usufruitier ne saurait faire valoir aucun droit sur les bénéfices en instance d'affectation ou mis en réserve. Jusqu'à la décision de distribution, les bénéfices accroissent les capitaux qui sont la base des droits du nu-proprétaire. D'après la doctrine et jurisprudence françaises majoritaires, il faut entendre par „*fruit*“ le bénéfice distribué et non pas le bénéfice distribuable.

Une deuxième remarque s'impose dans le cadre du respect de la liberté contractuelle des parties concernées par l'usufruit. Selon les auteurs du Projet, le nu-proprétaire des titres et l'usufruitier des titres ne peuvent déroger aux règles prévues légalement que par la voie statutaire, et non par voie conventionnelle. Etant donné l'importance accrue de la liberté contractuelle dans le droit des sociétés luxembourgeois, la Chambre de Commerce pense que les parties doivent avoir la possibilité de fixer conventionnellement les modalités de l'usufruit. Normalement les statuts ne prévoient aucune distinction concernant la répartition des pouvoirs entre nu-proprétaire et usufruitier, mais en pratique, cette

distinction ressort le plus souvent de pactes conclus entre parties. Il serait donc judicieux de rajouter dans le premier alinéa de l'article la partie de phrase „*Sauf dispositions contraires des statuts ou d'accords contractuels conclus entre propriétaire et usufruitier*“.

Au risque de commenter certains articles à deux reprises, la Chambre de Commerce intègre dans le commentaire de cet article également le commentaire des articles qui lui sont étroitement liés et qui ont été intégrés dans la LSC. En ce qui concerne plus particulièrement les SA, le présent Projet ajoute un nouvel article 32-1bis qui précise que les actions nouvelles émises suite à une augmentation de capital par incorporation des réserves reviennent au nu-propriétaire (sous réserve des droits de l'usufruitier). Afin de maintenir la liberté contractuelle, la Chambre de Commerce propose de prévoir la possibilité de dérogations statutaires ou conventionnelles à cette règle. En cas de rachat des parts par la société, l'usufruitier a droit à la valeur de l'usufruit, tandis que le nu-propriétaire a droit à la valeur de la nue-propriété portant sur les parts rachetées.

Dans le cas d'une dissolution de la société, le nu-propriétaire touchera une certaine somme ou la valeur des parts qui lui appartiennent dans la société. Il ne touchera pas nécessairement l'intégralité de la valeur de ses parts. L'usufruitier aura droit au quasi-usufruit sur les sommes touchées par le nu-propriétaire. En effet, il pourra utiliser et toucher les fruits de ces sommes, sous condition de rendre la somme perçue en quasi-usufruit à la fin de celui-ci. La Chambre de Commerce n'a pas de commentaires particuliers par rapport à ces solutions retenues par les auteurs du Projet.

Selon l'article 38, qui était jusqu'à maintenant la base ayant servi aux praticiens pour le traitement des parts sociales démembrées, la société n'avait jusqu'à maintenant pas à faire de vérification quant à la qualité d'usufruitier ou de nu-propriétaire. Elle attendait qu'une personne soit désignée à son égard comme étant le propriétaire du titre. Avec les nouvelles dispositions de l'article 1852bis, la société sera désormais forcée à vérifier la qualité de nu-propriétaire ou d'usufruitier dans le chef de la personne se présentant dans les assemblées générales. Afin d'éviter toute question de responsabilité pouvant surgir dans de tels cas, il serait judicieux de prévoir que l'usufruitier et le nu-propriétaire voulant jouir de leurs droits de vote lors des assemblées respectives que leur reconnaît la loi, prouvent leur qualité à la société par la production d'un écrit. Si aucun écrit n'est mis à la disposition de la société, celle-ci dispose du droit de suspendre les droits relatifs aux parts concernées.

#### *Concernant l'article 1853 al. 2*

La Chambre de Commerce se réfère à ses commentaires sur l'article 183 (3) de la LSC.

#### *Concernant l'article 1855 al. 3 du Code civil*

Cet article règle la prohibition des clauses léonines. Sont prohibées les clauses qui établissent un déséquilibre dans la contribution aux pertes et la participation aux bénéfices entre les associés de la société et portent de cette façon atteinte à l'*affectio societatis* nécessaire à l'existence de la société, et plus particulièrement au *jus fraternitatis*<sup>29</sup> qui commande une relative égalité entre les différents associés.

L'article 1855 est resté inchangé depuis 1804, année de publication du Code civil luxembourgeois, et a suscité un grand nombre de débats et de discussions doctrinaux, notamment quant au type de clause prohibée par l'article 1855 du Code civil, mais aussi quant à l'objet précis de ces clauses.

L'article 1855 du Code civil doit être vu comme ayant un caractère général dans le sens où il s'applique aussi bien aux sociétés de personnes qu'aux sociétés de capitaux.<sup>30</sup> La jurisprudence a toujours limité la prohibition des clauses léonines aux associés de la société. Un tiers ne peut pas invoquer cette clause à propos d'une promesse qu'il a contractée avec la société. Pour savoir si la prohibition de l'article 1855 est applicable, il faut surtout regarder l'objet de la clause, car il faut qu'il s'agisse d'une clause relative à la répartition des bénéfices et des pertes entre associés. Mais, pas toutes les clauses sont visées et il faut surtout que la clause attribue à l'un des associés la totalité des bénéfices, qu'elle porte atteinte de manière excessive à la vocation de chaque associé aux bénéfices, qu'elle exonère un associé de toute perte ou qu'elle met à charge d'un associé toutes les pertes sociales. Il est primordial que l'exercice de la liberté contractuelle entre associés se réalise d'une manière raisonnable. N'oublions

<sup>29</sup> Droit fraternel, idée selon laquelle les liens qui unissent des associés s'opposent à ce que les uns profitent des autres. Le jus fraternitatis les place sur un pied d'égalité.

<sup>30</sup> Article de Maîtres Franz FAYOT et Katia PANICHI paru dans „Le Bicentenaire du Code civil – Une contribution luxembourgeoise“, Portalis (2004) page 371 et suivantes.

pas non plus que la prohibition des clauses léonines est d'ordre public et que toute clause qualifiée de léonine est nulle et ne produit aucun effet.<sup>31</sup>

L'alinéa (3) que les auteurs ont rajouté à l'article 1855 traite des montages destinés à assurer la cession de droits sociaux et notamment des conventions de portage. Ces montages et plus particulièrement les conventions de portage, sont souvent utilisés en pratique par les organismes financiers. Selon une définition proposée par M.D. SCHMIDT<sup>32</sup> et devenue classique: „on appelle portage la convention par laquelle une personne, le porteur, accepte, sur demande du donneur d'ordre, de se rendre actionnaire par acquisition ou souscription d'actions, étant expressément convenu que, après un certain délai, ces actions seront transférées à une personne désignée et à un prix fixé dès l'origine.“ L'auteur français Yves GUYON<sup>33</sup> définit la convention de portage d'une façon plus simplifiée comme étant la convention qui consiste à acquérir des parts pour le compte d'un tiers à qui on promet de les rétrocéder au bout d'un délai généralement bref.

L'adoption d'une telle disposition par les auteurs du Projet permet de renforcer la sécurité juridique de ces opérations qui ne sont pas à considérer comme contraires à l'*affectio societatis* et au *jus fraternitatis*. La Chambre de Commerce accueille favorablement cette modification. Cependant, le texte proposé par les auteurs retient l'objet de la convention comme étant le critère déterminant. La convention ne doit avoir comme objet que d'organiser la transmission des droits sociaux moyennant un prix librement convenu entre parties. Afin de lever tout doute sur le champ d'application de l'article proposé, la Chambre de Commerce propose donc de changer l'alinéa 3 en y ajoutant les conventions entre parties. L'alinéa commencerait donc de la sorte: „Ne sont pas prohibées **les conventions** ou les stipulations par lesquelles (...)“.

#### Concernant l'article 1865bis

Un nouvel article 1865bis institue un régime unique de la dissolution confusion par réunion de toutes les parts en une seule main. L'article est inspiré de l'article 1844-5 du Code civil français.

La Chambre de Commerce accueille favorablement ce nouveau régime. Il allie la simplification administrative (par la suppression de la phase de la liquidation de la société) et la sécurité des tiers (par la possibilité de solliciter en justice la constitution de sûretés). Contrairement à la France, l'opération en elle-même n'est donc pas remise en cause.

Il convient également de mentionner que les auteurs ont prévu l'introduction d'une règle générale portant dissolution sans liquidation de la société par la réunion de toutes les parts en une seule main. Une société constituée à l'origine entre plusieurs personnes peut devenir en cours de fonctionnement une société unipersonnelle. Pour les sociétés commerciales qui exigent la présence de plus d'un associé, le non-respect de cette exigence entraînait, d'après la doctrine et la jurisprudence belges anciennes, de plein droit la dissolution de la société<sup>34</sup>. Cette solution présente cependant plusieurs inconvénients: elle ne ménageait aucun délai à l'associé pour remédier à cette situation et les créanciers se trouvaient du jour au lendemain privé de leur débiteur. C'est pour pallier à cet inconvénient que le législateur luxembourgeois avait introduit l'ancien article 101 dans la LSC. Il accordait à l'associé unique un délai de six mois pour régulariser la situation en se dissolvant, en trouvant un nouvel associé ou en se transformant en société à responsabilité limitée. Les créanciers étaient protégés dans la mesure où l'article leur ouvrait la possibilité d'une action en justice de dissolution de la société et en prévoyant la responsabilité solidaire et indéfinie de l'associé pour les dettes nées à partir du moment où la société est devenue unipersonnelle. Cet article fut aboli par la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE) qui a introduit en droit luxembourgeois la SA unipersonnelle. La problématique des sociétés commerciales unipersonnelles ne se pose dès lors plus que pour les sociétés en nom collectif, les sociétés coopératives, les sociétés en commandite simple et les sociétés en commandite par actions. En l'absence de tout texte légal, la réunion de toutes les parts en une seule main serait-elle ou non sanctionnée par la dissolution automatique de cette forme de société?

31 Van OMMESLAGHE, Les sociétés commerciales, RCJB 1992, page 610, POTHIER, No 22, THALLER, Tome 1, No 48.

32 SCHMIDT (D.): „Les opérations de portage de titres de sociétés“ in Les opérations fiduciaires; Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984. Ed. Feduci. L.G.D.J. 1985 pref. B. OPPETIT, page 30.

33 GUYON Y., Droit des affaires tome 1, Droit commercial général et sociétés, page 254.

34 Cour de cassation belge du 5 janvier 1911, PASICRISIE belge 1911-1 page 68 et Cour de Cassation belge du 3 mai 1951, Nouvelles droit commercial Tome 3 No 3228, cité par Jacques DELVAUX, Albert WILDGEN et Rina BREININGER dans „La réunion de toutes les parts d'une SA en une seule main“, Annales de droit luxembourgeois de 1992, page 83 et suivantes.

La dissolution est économiquement la solution la moins opportune: elle fait automatiquement disparaître le véhicule juridique de l'associé unique en dehors de toute manifestation de volonté de ce dernier et met les créanciers de cette dernière devant un avenir incertain.

Le nouvel article 1865bis du Code civil vient pallier à ces inconvénients. En effet, il ménage aussi bien la volonté de l'associé unique, que le souci de protection des créanciers de la société. Il ouvre en effet à l'associé unique le choix entre deux options: il dispose d'un délai d'un an pour régulariser la situation en trouvant de nouveaux associés ou en adoptant une forme de société unipersonnelle, ou bien il décide de dissoudre la société. La Chambre de Commerce relève positivement que le délai de régularisation est porté à un an par les auteurs, alors que l'ancien article 101 ne prévoyait qu'un délai de six mois, qui pouvait le cas échéant s'avérer trop court. Dans ce dernier cas de figure, le texte du présent Projet facilite considérablement l'organisation de la fin de la société en supprimant la phase de la liquidation. Les économies en termes de temps et de frais administratifs sont non négligeables. Les droits des créanciers de la société sont préservés. Ils disposeront en effet d'une action en justice instruite selon la procédure du référé pour solliciter la constitution de garanties.

La Chambre de Commerce salue la circonstance que les auteurs du Projet sous avis n'aient pas suivi la législation française (article 1844-5 du Code civil français), qui permet aux créanciers de bloquer la dissolution de la société. Ce serait en effet faire primer les droits des créanciers sur ceux du promoteur (i.e. l'associé unique) de la société. Au cas où l'associé unique n'a exercé aucun de ces deux choix, le Projet prévoit que les créanciers pourront demander au tribunal la dissolution de la société. Là encore, on relève positivement la possibilité accordée au juge d'accorder un délai à la société pour régulariser la situation sans avoir à justifier ce délai (contrairement à l'ancien article 101) et la possibilité de régulariser la situation encore en cours d'instance (une possibilité qui n'était pas prévue *expressis verbis* par l'ancien article 101).

La Chambre de Commerce relève que ce nouvel article 1865bis du Code civil ne dispose pas que le juge doit prononcer la dissolution (contrairement à l'ancien article 101). Est-ce à dire que le juge, saisi d'une telle demande en dissolution, dispose d'un pouvoir d'appréciation pour prononcer ou non la dissolution?

### ***Concernant l'article II.– Modifications apportées à la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales***

#### *Concernant les dispositions générales*

##### *Concernant l'article 1 alinéa 3 (non modifié)*

Les auteurs du Projet se sont inspirés du Code belge des sociétés qui ne prévoit plus le terme d'associations commerciales momentanées et d'associations commerciales en participation, mais qui parle dorénavant de sociétés commerciales momentanées et de sociétés commerciales en participation. Etant donné que le Projet préconise une modification de ces terminologies dans l'article 2, afin de mettre fin à une anomalie prônant largement à confusion dans l'esprit des lecteurs de la LSC et afin de suivre la tendance amorcée par le législateur belge, il convient également de changer la terminologie employée dans l'article 1 de la LSC. En effet, l'article 1 du Projet, dans son troisième alinéa, parle encore de „sociétés commerciales proprement dites“ et d'„associations commerciales“.

Afin de maintenir la cohérence de la terminologie, la Chambre de Commerce préconise donc qu'on change également la terminologie de l'article 1, soit en lui donnant la teneur suivante: „Elles se divisent en sociétés commerciales proprement dites et en sociétés commerciales momentanées et sociétés commerciales en participation.“ ou en mettant l'accent sur l'existence ou non de la personnalité juridique. Dans cet esprit, une possible tournure de cet alinéa pouvant être proposée par la Chambre de Commerce aux auteurs serait: „Elles se divisent en sociétés commerciales proprement dites, munies de la personnalité juridique, et en sociétés commerciales ne disposant pas de la personnalité juridique.“

##### *Concernant l'article 2*

L'article 2 est modifié afin d'ajouter dans l'énumération des formes sociétaires reconnues au Grand-Duché de Luxembourg la *société par actions simplifiée* (ci-après la „SAS“). Cette société doit être vue comme une alternative plus souple à la création d'une SA.

En outre, les termes d'„associations commerciales momentanées“ et d'„associations commerciales en participation“ sont remplacés par les termes „sociétés commerciales momentanées“ et „sociétés commerciales en participation“. Les auteurs du présent Projet s'inspirent de la solution adoptée par le



législateur belge dans son code belge des sociétés.<sup>35</sup> La Chambre de Commerce n'a pas de commentaires particuliers par rapport à ces changements.

En France, la SAS a été créée en 1994 pour contrer le manque de souplesse de la SA. Dès son introduction, cette nouvelle structure française a suscité beaucoup de succès auprès d'un large nombre d'acteurs économiques. Le but poursuivi par le législateur français était d'offrir une forme d'organisation de la société aussi proche que possible de la „*société contrat*“ dont l'essentiel des règles de fonctionnement résulte de la convention entre parties.

En droit luxembourgeois, on peut saluer l'introduction de cette forme de société, tout en formulant une interrogation par rapport à ses chances de succès. A l'heure actuelle, nombre de sociétés holding SOPARFI sont ainsi constituées sous la forme de la SARL, plus souple dans leur fonctionnement que la SA. Cela a conduit néanmoins à dénaturer le caractère hybride de la SARL, et cette nouvelle forme de société est une possibilité de réorienter la pratique vers la SA, sous une forme moins rigide.

#### *Concernant l'article 3*

La Chambre de Commerce salue la précision dans l'article 3, prévoyant que le groupement d'intérêt économique (ci-après „GIE“) pourra se transformer en personnalité juridique et inversement. Elle regrette toutefois que cette décision ne soit pas explicitée davantage dans le commentaire des articles. Elle s'interroge en particulier sur le fait de savoir si cette disposition ne fait pas double emploi avec le nouvel alinéa 8 de ce même article. A supposer que la transformation d'un GIE en société commerciale nécessite une disposition à part, la Chambre de Commerce s'interroge sur la raison pour laquelle la transformation d'un groupement européen d'intérêt économique (ci-après „GEIE“) en société commerciale ne mériterait pas elle aussi une disposition spéciale, du moins dans le sens d'une transformation d'un GEIE vers une société commerciale – l'inverse n'étant pas possible en raison du cadre tracé par le Règlement<sup>36</sup>.

La Chambre de Commerce tient par ailleurs à souligner que le troisième et le cinquième alinéa de cet article peuvent prêter à confusion dans l'esprit du lecteur. En effet, les deux alinéas parlent de „six“ sociétés visées par l'article 2, alors que par l'ajout de la SAS, on pourrait croire qu'il y en a sept. Afin d'éviter la confusion, mais aussi afin d'éviter que chaque ajout d'une nouvelle forme de société modifie cet article, la Chambre de Commerce propose de reprendre la formulation que les auteurs ont préconisée dans le nouvel alinéa 8 et de changer „*l'une des six sociétés*“ par „*une des formes de sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique en vertu de l'article 2 de la présente loi, sauf la société européenne*“.

#### *Concernant l'article 4 et l'article 8 (non modifiés)*

La Chambre de Commerce fait observer qu'il serait nécessaire d'ajouter la SAS dans l'énumération des sociétés dont les actes sont publiés en entier. L'article 101-18 de la LSC traitant des SAS dispose que, sauf exceptions mentionnées, les dispositions sur les SA sont applicables à la SAS. Cependant, la Chambre de Commerce estime que dans un but de clarté et de meilleure compréhension du texte de loi, mais aussi dans un but de faciliter la vie du praticien, il serait nécessaire d'énumérer la SAS dans les articles 4 et 8, ou du moins faire une énumération claire dans l'article 101-18 du Projet sur les articles relatifs à la SA étant concrètement applicables à la SAS.

#### *Concernant l'article 11bis*

La Chambre de Commerce soulève le fait qu'aucune disposition n'est prévue quant au dépôt et à la publication des actes de cessation des fonctions de président ou de dirigeant (directeur général ou directeur général délégué) des SAS. En effet, même si l'article 101-18 du présent Projet prévoit que les dispositions relatives aux SA sont applicables aux SAS, sauf autres dispositions, la gestion de la SAS est assumée d'une autre manière que dans la SA et doit donc être prévue séparément dans l'article 11bis.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce note l'introduction parmi les obligations de dépôt et de publication de l'article 11 § 1 des extraits d'actes relatifs à la nomination et à la cessation des fonctions

<sup>35</sup> Article 2 alinéa 1er du Code des sociétés: „La société de droit commun, la société momentanée et la société interne ne bénéficient pas de la personnalité juridique.“

<sup>36</sup> Règlement (CEE) No 2137/85 du Conseil, du 25 juillet 1985, relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE).

du délégué à la gestion journalière *dans les SARL*. Cette nouveauté se retrouve à l'article 191bis (4) du présent Projet, qui consacre désormais la possibilité de nomination d'un délégué à la gestion journalière dans les SARL.

En ce qui concerne le cas du liquidateur personne morale, la Chambre de Commerce mentionne ses observations quant au principe même de cette disposition, qui se retrouvent au commentaire de l'article 142 du présent avis.

Les autres modifications prévues dans cet article ajoutent aux yeux de la Chambre de Commerce une certaine sécurité aux tiers, qui auront accès à un surplus de documents pouvant leur fournir de plus amples renseignements sur l'état de la société.

#### *Concernant l'article 11ter*

Les auteurs ont ajouté un nouvel article 11ter afin de permettre à toute société dotée de la personnalité juridique d'émettre des obligations, nominatives ou au porteur, par le biais d'une souscription publique ou privée.

La Chambre de Commerce se pose la question si l'emplacement de l'article choisi par les auteurs du Projet est judicieux. Elle est d'avis que cet article serait mieux positionné derrière l'article relatif aux engagements de la société pendant sa phase de formation afin de maintenir une certaine chronologie et logique dans le cheminement de la loi. Il prendrait donc l'intitulé „*article 12ter*“ au lieu de „*article 11ter*“.

Quant au fond, la Chambre de Commerce tient à souligner que l'emprunt obligataire est un moyen de financement convenant surtout aux sociétés de taille plus importante. Cet emprunt a une double caractéristique, à savoir le caractère négociable des titres et le caractère collectif de l'emprunt. En ce qui concerne les SARL, l'émission publique d'obligations était jusqu'à maintenant interdite par le biais de l'article 188 de la LSC, cette interdiction étant surtout due au caractère fermé de la société à responsabilité limitée. Aucune disposition légale n'a interdit l'émission privée d'obligations. La Chambre de Commerce est d'avis que cette nouvelle possibilité de financement accordée aux SARL est une bonne chose, et favorisera leur développement. En ce qui concerne l'émission d'obligations convertibles ou munies d'un droit de souscription par voie publique ou privée, les obligataires devront se soumettre à l'agrément de la SARL. Le caractère fermé de la SARL, qui est une de ses caractéristiques essentielles est donc, selon l'avis de la Chambre de Commerce, maintenu et cette innovation ne donne pas lieu à une objection.

Par rapport à la prohibition de l'émission d'obligations convertibles ou assorties d'un droit de souscription dans les SAS, il convient de douter du bien-fondé de cette interdiction. Etant donné le rôle que la SAS devrait jouer dans le futur au Grand-Duché de Luxembourg et la volonté du législateur de mettre en avant le rôle de la liberté contractuelle dans les SAS, la Chambre de Commerce est d'avis qu'une telle interdiction ne peut être bénéfique à la SAS. En effet, les modes de financement qui lui seront ouverts seront plus restrictifs que dans les SA, et même dans les SARL, alors que l'introduction de la SAS a comme but d'apporter une plus-value par rapport aux sociétés déjà existantes.

#### *Concernant l'article 12 (non modifié)*

La Chambre de Commerce est d'avis que dans le cadre de l'ajout de la SAS dans la LSC, il faut également ajouter à cet article le président de la SAS, étant donné que la SAS n'agit pas par le biais d'un gérant.

#### *Concernant l'article 12ter*

Tout d'abord, la Chambre de Commerce se permet de faire la même remarque que pour les articles 4, 8 et 11bis quant au fait d'ajouter directement la SAS dans l'énumération des sociétés touchées dans certains cas par la nullité. En vertu du commentaire des articles du Projet, l'un des buts de la modification de cet article est d'„*uniformiser autant que faire se peut les causes de nullité des sociétés dotées de la personnalité juridique ce dans un but de protection des intérêts des tiers dans la mesure où l'existence de la société ne pourra être remise en cause en dehors des causes limitativement énumérées par la loi*“.

Toujours est-il que ce souci de protection des intérêts des tiers vaut pour toutes les sociétés commerciales, du moins pour celles où la responsabilité des associés est limitée à leurs apports. La Chambre

de Commerce est donc d'avis que, vu le but d'harmonisation des clauses de nullité, la SAS devrait également être mentionnée dans cet article.

*Concernant l'article 12quater*

La Chambre de Commerce n'a pas d'observation particulière par rapport à cette modification, qui s'inspire d'un réexamen général de la problématique des nullités de sociétés.

*Concernant l'article 12septies*

La Chambre de Commerce accueille favorablement l'intention des auteurs de prévoir une organisation des nullités des décisions des assemblées générales, organisation, qui, à l'heure actuelle, n'existait pas, hormis le cas de la nullité pour défaut de forme des assemblées modifiant les statuts.

Cependant, il convient de souligner que l'article ne prévoit que l'organisation d'un système pour les nullités en cas de problème de forme de l'assemblée et non quant au fond de la décision de l'assemblée générale.

Il ne fait aucun doute qu'une décision entachée de fraude, ou ayant un objet ou une cause illicite ne soit entachée de nullité. La Chambre de Commerce juge qu'il serait préférable d'élargir les causes de nullité en indiquant, comme en France par le biais de l'article 235-1<sup>37</sup> du Code de Commerce, que la nullité peut également résulter des lois régissant la nullité des contrats.

Nonobstant le fait que l'article se trouve dans la partie générale de la loi faisant supposer une application généralisée à toutes les sociétés commerciales, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il conviendrait de mentionner que non seulement les assemblées générales d'actionnaires sont visées, mais également les assemblées générales d'obligataires.

Par ailleurs, elle soulève que l'article ne mentionne aucunement si la nullité engendrée est facultative ou obligatoire et si elle agit rétroactivement ou non.

En ce qui concerne l'article 12septies (1) 2°, il convient de spécifier que les points mis à l'ordre du jour suite à une demande d'un actionnaire ne sont pas étrangers à l'ordre du jour.

*Des sociétés en nom collectif et la société en commandite simple*

*Concernant l'article 13, l'article 14bis et l'article 16bis*

La Chambre de Commerce n'a pas de commentaires spécifiques sur ces articles.

*Des sociétés anonymes („SA“) et des sociétés européennes („SE“)*

*Concernant l'article 26*

La Chambre de Commerce relève que la modification suggérée au paragraphe (2) de l'article 26 figure déjà au projet de loi No 5829<sup>38</sup> relative aux fusions transfrontalières. Il y a dès lors lieu de supprimer cette modification du présent Projet.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce aurait trouvé de bonne augure que les auteurs du Projet profitent de l'occasion pour fixer enfin un chiffre rond pour le capital social de la SA (la même remarque se retrouvera pour les autres sociétés concernées).

37 Article 235-1 du Code de commerce français: La nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent la nullité des contrats. En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions, la nullité de la société ne peut résulter ni d'un vice de consentement ni de l'incapacité, à moins que celle-ci n'atteigne tous les associés fondateurs. La nullité de la société ne peut non plus résulter des clauses prohibées par l'article 1844-1 du Code civil.

La nullité d'actes ou délibérations autres que ceux prévus à l'alinéa précédent ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent livre ou des lois qui régissent les contrats.

38 Projet de loi relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et au maintien et à la modification de leur capital et portant transposition: – de la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux – de la directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution de la SA ainsi que le maintien et les modifications de son capital – de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes.

*Concernant l'article 26-1*

La Chambre de Commerce accueille favorablement le retrait des mots „*indépendants de celle-ci*“ de l'article 26-1(2). L'article 7 de la loi modifiée du 28 juin 1984 portant organisation de la profession de réviseur d'entreprises prévoit que tout réviseur doit être indépendant par rapport à l'entité dont il contrôle les comptes. Le rappel de cette exigence dans certains articles de la LSC peut parfois conduire à des difficultés d'interprétation, alors que l'indépendance est un concept qui n'a pas à connaître des degrés variables selon les missions effectuées par le réviseur d'entreprises ou l'article de la loi dans lequel il se situe.

*Concernant l'article 31-2 (3) (non modifié)*

La modification prévue dans l'article 26-1(2) quant au caractère indépendant du réviseur d'entreprise devrait également être introduite dans cet article.

*Concernant l'article 32*

Les auteurs proposent d'ajouter un paragraphe (6) à cet article en vue d'introduire l'exigence du rapport d'un réviseur d'entreprises en cas d'émission d'actions sans valeur nominale en dessous du pair comptable des actions anciennes de la même catégorie. Dans ce rapport, le réviseur devra déclarer que les informations financières et comptables contenues dans le rapport du conseil d'administration ou du Directoire de la société sont fidèles et suffisantes pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter une telle émission.

La Chambre de Commerce comprend le principal objectif de cette disposition, qui est d'assurer un traitement équitable des anciens actionnaires par rapport aux souscripteurs de nouvelles actions. Cependant, elle s'interroge sur la nécessité d'une telle disposition étant donné que les anciens actionnaires sont déjà largement protégés par le droit de préférence que l'article 32-3 de la LSC leur accorde.

Par ailleurs, même si l'on estime que cette protection du droit de préférence n'est pas une barrière suffisante, la Chambre de Commerce attire l'attention des auteurs du Projet sur les difficultés pratiques de mise en oeuvre de la mission du réviseur d'entreprise telle qu'elle est décrite actuellement dans le paragraphe (6). En effet, il est demandé au réviseur d'entreprise de se prononcer sur le caractère fidèle et suffisant des informations financières et comptables dans le rapport du conseil d'administration ou du directoire destiné à éclairer l'assemblée générale appelée à voter l'opération. Or, décrite d'une façon aussi large, une telle mission est difficilement compatible avec les recommandations professionnelles de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises (IRE) selon lesquelles un réviseur d'entreprises ne peut émettre une opinion que sur la base d'une analyse d'une situation donnée par rapport à un référentiel. Concernant notamment le caractère suffisant ou non des informations financières et comptables contenues dans ce rapport, et au vu de la complexité des situations pouvant se présenter en pratique, cette appréciation du réviseur peut être fonction d'une multitude d'éléments, comme par exemple les intérêts concrets des différents actionnaires dans l'opération donnée ou leur connaissance et compréhension de la société et des implications à moyen ou long terme de l'opération envisagée. Le fait de juger si les informations sont suffisantes ou non n'incombe pas au réviseur, mais devrait être du ressort des actionnaires eux-mêmes.

D'autre part, il faut se poser la question de l'étendue de la mission du réviseur dans le cadre d'une émission d'actions sans valeur nominale en dessous du pair comptable mais qui est accompagnée d'une prime d'émission qui amène l'ensemble à au moins le pair comptable des actions.

Au vu de ces développements, la Chambre de Commerce est d'avis que le paragraphe (6) de cet article devrait être retiré du Projet.

*Concernant l'article 32-Ibis*

Cet article doit être mis en relation avec les autres articles relatifs à l'usufruit des parts sociales. Il vise plus précisément l'augmentation de capital sans apports nouveaux, mais par incorporation des réserves. L'article dispose que les actions nouvelles émises suite à une augmentation de capital par incorporation des réserves reviennent au nu-propriétaire sous réserve des droits de l'usufruitier.

Le commentaire des articles dit que cet article doit être considéré comme étant supplétif „renforcé“, donc auquel on ne peut renoncer que par une décision expresse de l'assemblée générale (extraordinaire). Cependant, la lecture du texte de l'article ne reflète pas ce caractère supplétif, et la Chambre de

Commerce est d'avis que pour maintenir la liberté contractuelle tant prise, il est impératif de laisser le choix aux personnes concernées de prévoir des dérogations à de telles dispositions soit dans les statuts, soit dans des dispositions conventionnelles.

La Chambre de Commerce propose donc de compléter cet article par le bout de phrase „*sauf si les dispositions statutaires ou contractuelles en disposent autrement*“. Elle renvoie par ailleurs à son commentaire relatif à l'article 1852bis du Code civil.

#### *Concernant l'article 32-3*

Cet article fixe le droit de priorité en cas d'augmentation de capital hors droit de préférence. A l'instar du droit belge, il est proposé d'introduire le principe d'un droit de priorité en cas d'augmentation de capital sans toutefois limiter dans le temps la période de souscription. L'article 599 du Code belge des sociétés prévoit un délai de dix jours pendant lequel le droit de priorité peut s'exercer.

La Chambre de Commerce est d'avis qu'il conviendrait également d'indiquer dans le texte de l'article 32-3 un délai de nature supplétive, auquel les parties pourraient déroger statutairement ou conventionnellement. En effet, en l'absence d'un tel délai supplétif et à défaut de délai prévu par les parties, il conviendrait de s'en remettre à un délai raisonnable qui est difficile d'appréciation.

De plus, il serait plus judicieux d'utiliser le terme d'„*actionnaires existants*“ que d'„*actionnaires anciens*“.

Enfin, la Chambre de Commerce pose la question aux auteurs de savoir dans quel sens le terme „*convention des parties*“ du paragraphe (9) dernière phrase doit être compris. Visent-ils les statuts ou peut-être les pactes d'actionnaires? Ou même les deux?

#### *Concernant l'article 37*

Une modification majeure de l'article 37 résulte de la suppression au premier paragraphe de l'obligation d'émettre des actions d'égale valeur nominale. Cette suppression permettra une meilleure structuration du capital social de la SA: la levée de fonds par une SA est facilitée par la possibilité d'émettre des actions qui répondent parfaitement aux attentes des investisseurs en termes de pouvoir financier et votal.

La Chambre de Commerce regrette que les auteurs n'aient pas expliqué plus amplement leur choix de supprimer les actions d'égale valeur. Elle est d'avis qu'il convient de s'inspirer du droit français, et de préciser que cette réglementation ne peut pas être applicable aux sociétés cotées en bourse.

L'article 37 est encore modifié en son paragraphe (1) alinéa 2, ancien alinéa 3, afin de ne plus exiger un rapport du réviseur (article 26-1 de la LSC) pour l'émission de titres qui ne concourent pas à la création du capital social. Cette exigence de rapport du réviseur fut introduite par la loi du 8 août 1985<sup>39</sup> sur proposition du Conseil d'Etat<sup>40</sup>.

La Chambre de Commerce salue cette suppression. Etant donné que les apports faits en contrepartie des parts bénéficiaires ne rentrent pas dans le capital social, le besoin de protection des créanciers ne justifie pas un tel rapport de réviseur. Cette suppression rend plus aisée et moins onéreuse l'émission de parts bénéficiaires par les SA.

Le nouveau paragraphe (2) introduit une réglementation relative à la possibilité de limiter dans les clauses statutaires, dans les clauses d'actes d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription et dans toutes autres conventions la cessibilité entre vifs ou la transmissibilité à cause de mort des actions de toute nature, y compris d'obligations convertibles, d'obligations avec droit de souscription et d'obligations remboursables en actions.

La cessibilité entre vifs et la transmissibilité pour cause de mort peuvent donc être limitées. Cependant, des clauses qui prévoient que les titres concernés ne peuvent pas du tout être cédés ou transmis pour cause de mort doivent respecter deux conditions précises, figurant dans l'alinéa suivant (alinéa (3)): Ces clauses dites d'inaliénabilité doivent être limitées dans le temps et ne doivent pas être contraires à l'intérêt social.

La Chambre de Commerce fait remarquer que dans la section relative aux SAS, une solution quelque peu différente a été retenue par les auteurs. En effet, dans les SAS, les clauses d'inaliénabilité doivent,

<sup>39</sup> Loi du 8 août 1985 portant modification de la loi sur les sociétés commerciales (Doc. Parl. 2890)

<sup>40</sup> Malheureusement le Conseil d'Etat n'avait pas motivé sa décision dans les commentaires d'articles. (Doc. Parl. 2890)

soit être limitées à dix ans sans respecter aucune autre condition, soit, si elles sont d'une durée supérieure à dix ans, elles doivent être limitées dans le temps et ne pas être contraires à l'intérêt social (idem alinéa (3)). La Chambre de Commerce se pose la question de la justification d'une double réglementation, alors que l'article 37 est également applicable aux SAS.

La Chambre de Commerce s'interroge ensuite sur la raison pour laquelle les auteurs du Projet ne parlent au paragraphe (2) alinéa 5, qui énonce les règles relatives à la fixation du prix de cession, que des „actions“ et ne reprennent pas la terminologie de l'alinéa 1 qui mentionne également les „actions de toute nature, les droits de souscription ou tous autres titres donnant droit à l'acquisition d'actions, les obligations convertibles, les obligations avec droit de souscription et les actions remboursables en actions“.

Finalement, le paragraphe (3) de cet article énonce les règles relatives à une limitation de la cessibilité entre vifs ou de la transmissibilité pour cause de mort pour les parts bénéficiaires créées par le paragraphe (1) de ce même article. La Chambre de Commerce soulève que les auteurs devraient énoncer, tout comme pour les dispositions du paragraphe (2), une sanction pour le cas où les clauses statutaires seraient contraires aux préceptes de l'article 37 (3), même si le lecteur avisé peut supposer qu'il s'agit également d'un cas de nullité des clauses.

#### *Concernant l'article 38*

L'article 38 précise utilement qu'en cas de pluralité de propriétaires d'une action ou d'une *coupon* d'action, le droit à l'information de l'article 73 de la loi reste intact, même si les autres droits restent suspendus jusqu'à la désignation du propriétaire de l'action ou de la *coupon* d'action.

La Chambre de Commerce se réfère également à son commentaire fait sous l'article 1852bis du Code civil et souligne qu'en vertu des nouvelles dispositions sur le démembrement de la propriété des parts de cet article, la société devrait dorénavant disposer d'un moyen de contrôle de la qualité d'usufruitier ou de nu-proprétaire des personnes se présentant aux assemblées générales.

#### *Concernant l'article 43 et l'article 46*

La Chambre de Commerce n'a pas d'observations spécifiques sur ces modifications.

#### *Concernant l'article 49-1*

Les auteurs du Projet ont décidé de s'inspirer du droit belge en introduisant la solidarité dans l'obligation des associés de libérer leurs actions souscrites. La Chambre de Commerce accueille cette modification qui est parfaitement dans l'optique du Projet de modernisation de la loi dans la mesure où cette mesure permet de renforcer la sécurité des tiers.

#### *Concernant l'article 49-2*

##### Paragraphe (1)

Suite à l'adoption du Projet de loi No 5829 relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, la Chambre de Commerce estime que la modification projetée à l'article 49-2 (1) LSC devrait être supprimée comme étant pour partie redondante (en ce qui concerne le principe d'égalité de traitement des actionnaires) et contradictoire (possibilité de déroger au principe d'égalité de traitement si une assemblée générale des actionnaires en décide ainsi à l'unanimité) avec le projet de loi No 5829 en ce qui concerne l'égalité de traitement et la directive 2006/68/CE du 6 septembre 2006<sup>41</sup> qui ne prévoit pas d'exception au principe d'égalité de traitement des actionnaires.

##### Paragraphe (3)

Le paragraphe (3) est modifié afin de permettre l'acquisition d'actions propres en vue de la répartition de ces actions au personnel d'une société liée à la société émettrice des actions par un lien de contrôle. Cet élargissement est conforme à l'option laissée aux Etats membres par l'article 19 paragraphe 2 de la deuxième directive telle que modifiée. Cette modification facilitera l'intéressement intra-groupe des salariés. Dès lors, la Chambre de Commerce accueille cette mesure.

<sup>41</sup> Directive 2006/68/CE modifiant la directive 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution de la SA ainsi que le maintien et les modifications de son capital.

*Concernant l'article 49-5*

En ce qui concerne la modification de cet article, la Chambre de Commerce permet de faire trois observations:

- La Chambre de Commerce regrette l'emploi du terme „*coupons de dividendes*“ dans cet article, étant donné que ce terme n'est pas présent dans le droit luxembourgeois en tant que tel et ne fait pas non plus l'objet d'une définition des auteurs dans le Projet.
- En ce qui concerne la dernière phrase de l'article formulée comme suit: „*Si la société détient des parts bénéficiaires ou parts de fondateurs rachetées, elle ne peut en exercer le droit de vote.*“, la Chambre de Commerce se demande si cette phrase est placée de manière adéquate dans cet article dans la mesure où celui-ci ne traite que des actions et non des parts bénéficiaires. La Chambre de Commerce préconise le placement à part de cette phrase, dans un article séparé.

*Concernant l'article 49-5bis et l'article 49bis*

L'article 49-5bis introduit la possibilité d'une réglementation concernant l'organisation des statuts relative au rachat des actions sans droit de vote. Ce rachat peut être exigé par la société si une clause dans les statuts le prévoit expressément. De plus, il ne peut intervenir que si le dividende privilégié dû au titre des exercices antérieurs et de l'exercice en cours a été intégralement versé par la société.

Il s'agit là d'un impératif de sécurité juridique que la Chambre de Commerce accueille favorablement car il convient de protéger les titulaires d'actions sans droit de vote contre toute exclusion abusive.

*Concernant l'article 49-6*

La Chambre de Commerce n'a pas d'observations particulières au sujet de cet article.

*Concernant l'article 51*

La modification proposée par les auteurs introduit une seconde exception au principe général que les administrateurs doivent être au nombre de trois au moins.

En effet, elle prévoit dans le deuxième alinéa, que lorsque la société est constituée par deux associés, ou qu'il est constaté à l'assemblée générale qu'elle n'a plus que deux actionnaires, elle peut n'avoir que deux administrateurs, mais seulement jusqu'à l'assemblée générale suivant la constatation de ce fait. Il convient cependant de souligner qu'une société disposant de deux actionnaires ayant la même proportion de capital peut, parfois, s'exposer à des situations de blocage lorsque leurs intérêts divergent. Il est clair que si chacun des actionnaires nomme un administrateur, ce blocage peut se retrouver au sein du conseil d'administration. Dès lors, il est impératif de souligner, tout comme le font les auteurs dans le commentaire de l'article, que cet article ne dispense pas de nommer un président (article 64 de la loi) qui aura une voix prépondérante.

Cependant, la Chambre de Commerce est d'avis que cette modification supplémentaire nuit à la flexibilité de la société et que le nombre d'administrateurs devrait être déterminé par la société elle-même. Dans cet ordre d'idées, l'article pourrait être changé en son alinéa 1, pour prendre la forme suivante: „*Le nombre d'administrateurs ou les règles pour la détermination du nombre d'administrateurs sont fixés par les statuts de la société anonyme.*“

Une autre solution pourrait être de fixer le nombre minimum d'administrateurs d'office à deux, et de prévoir comme seule exception le cas de la SA unipersonnelle.

En conséquence de la liberté contractuelle accordée à la société, les alinéas 2 et 3 de la loi ne seraient plus nécessaires.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce constate que les règles de la „*Mitbestimmung*“ dans les SA „*ordinaires*“ se retrouvent dans le Code du travail (Article 426-2 du Code de Travail), alors que celles relatives aux SE se retrouvent à l'article 51 de la loi. La Chambre de Commerce estime que dans un but de rendre la lecture des dispositions plus aisée aux personnes intéressées, l'ensemble de ces règles devraient se retrouver dans la LSC.

Finalement, la Chambre de Commerce se permet de faire une remarque quant à l'alinéa 6 de l'article 51 non modifié. En effet, à la lecture de l'article, on peut croire que la cooptation ne peut se faire que dans le cas de la vacance d'une place d'administrateur. Afin d'éviter de tels raisonnements, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il serait judicieux de changer l'alinéa 6 de l'article 51 de la sorte:

*„En cas de vacance d'un ou de plusieurs postes d'administrateurs nommés par l'assemblée générale, le ou les administrateurs restants ainsi nommés ont, sauf disposition contraire des statuts, la possibilité d'y pourvoir provisoirement.“*

*Concernant l'article 51bis*

L'obligation de nommer un représentant permanent dans le cas où une personne morale est nommée administrateur de la société est étendue au cas où une personne morale est nommée membre du comité de direction.

La Chambre de Commerce soutient l'idée de base des auteurs qui est d'assurer la continuité de la société. Elle soulève cependant, tout comme elle l'a fait dans son avis sur le projet de loi No 5352 relatif aux sociétés européennes, qu'au vu du fait que le représentant permanent est une personne physique, une insertion de cette indication dans les articles concernant les représentants permanents serait bénéfique. Il est vrai que cet argument ne sera plus valable une fois que le Grand-Duché de Luxembourg aura adopté le projet de loi No 5718 relative à la responsabilité pénale des personnes morales. Mais, en attendant, ce projet n'est pas encore adopté, et la Chambre de Commerce maintient donc son commentaire relatif à l'exigence de l'indication que le représentant permanent doit être une personne physique pouvant endosser la responsabilité pénale engendrée par son mandat. Cette remarque vaut pour toutes les dispositions relatives aux représentants permanents contenus dans cette loi.

La Chambre de Commerce se doit finalement encore de relever que lors des deux dernières années de pratique de cette notion au sein des entreprises (introduction de la notion de représentant permanent en 2006), un certain nombre de problèmes d'ordre organisationnel ont pu surgir, dont certains ressortissants de la Chambre de Commerce qui ont exprimé leurs doléances. Selon eux, la nomination d'un représentant permanent pour un mandat détenu par une personne morale est une mesure trop contraignante par rapport à la pratique luxembourgeoise. Tout d'abord, il convient de souligner les problèmes d'organisation pratique d'une telle mesure. En effet, les différents documents devront toujours être signés par la même personne, ce qui pourra engendrer, en cas d'absence ou d'empêchement de celle-ci des retards considérables dans le traitement de ces documents.

*Concernant l'article 52*

Il y a lieu de remplacer le terme d'„acte de société“ par „statuts“.

*Concernant l'article 53*

La Chambre de Commerce suggère que les alinéas 2 et 4 de ce même article parlant de la représentation de la société, soient regroupés afin de rendre l'ensemble de l'article plus lisible, l'alinéa 4 devenant l'alinéa 3 et l'alinéa 3 devenant l'alinéa 4.

*Concernant l'article 57*

A titre principal, la Chambre de Commerce est d'avis que la plupart des modifications que les auteurs ont apportées à cet article devraient être supprimées et que le régime antérieur est parfaitement adapté aux besoins de la place luxembourgeoise.

L'article entend, selon les vœux du commentaire des articles, moderniser les dispositions relatives aux conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration en s'inspirant étroitement du droit belge, et plus précisément de l'article 523 du Code belge des sociétés. La Chambre de Commerce n'est pas convaincue de la nécessité d'une telle réforme. Elle estime que l'article 57 assure dans sa version actuelle (revue pour la dernière fois en 2006) une information et une protection suffisante des intérêts des actionnaires et de la société. Par ailleurs, la référence des auteurs au droit belge est de l'avis de la Chambre de Commerce inopportune, puisqu'il existe une différence fondamentale en droit luxembourgeois et en droit belge: en droit luxembourgeois, l'administrateur qui a un intérêt opposé à une opération de la société ne participera pas à la délibération concernant cette opération.

En droit belge, en revanche, l'administrateur qui a un conflit d'intérêt participera à cette délibération. Dans ce cas, il est donc important que la société et les actionnaires connaissent exactement la nature de l'opération, les enjeux possibles, mais aussi les raisons qui ont poussé le conseil d'administration à prendre la décision, ainsi que les conséquences patrimoniales pour la société. Ces informations permettent de s'assurer que malgré l'intérêt opposé d'un ou de plusieurs administrateurs, la décision a été prise en conformité avec les intérêts de la société.



Cette nécessité d'information ne s'impose guère en droit luxembourgeois. La Chambre de Commerce n'a d'ailleurs pas connaissance que l'article 57 ait donné lieu à un quelconque contentieux. Cette absence de jurisprudence est un indice que cet article ne soulève guère de problèmes en pratique. Pour toutes ces raisons, la Chambre de Commerce plaide à titre principal pour un maintien pur et simple de l'article 57 dans sa version actuelle. La seule précision utile à apporter à l'article serait la précision quant à la seule nature patrimoniale de l'intérêt opposé de l'administrateur.

La Chambre de Commerce ne commente les modifications proposées à l'article 57 donc qu'à titre subsidiaire. Le champ d'application de l'article 57 est élargi pour y introduire les intérêts opposés indirects des administrateurs à une décision ou une opération du conseil d'administration. La Chambre de Commerce estime un tel élargissement inopportun. La notion d'intérêt opposé en tant que telle est en effet trop floue pour que l'administrateur sache dans quelle circonstance il devra ou non s'abstenir de participer au vote. Il est vrai que la doctrine a toujours retenu cette notion d'intérêt indirect, mais en mettant en garde contre le caractère flou de cette notion. CORBIAU, dans les travaux préparatoires de la loi sur les sociétés commerciales, avait déjà consacré cette notion, en expliquant que „*l'interdiction de délibérer frappe l'administrateur même s'il n'a à la délibération qu'un intérêt indirect, par exemple la qualité d'actionnaire dans une autre société avec qui doit se faire le contrat. Mais, direct ou indirect, il faut que cet intérêt soit suffisamment important pour pouvoir influencer son vote, une circonstance de fait souvent délicate que devra apprécier le juge dans chaque cas particulier.*“<sup>42</sup> En revanche, l'exclusion des intérêts moraux opposés lui paraît opportune et conforme à l'entendement de la doctrine depuis les origines de l'article 57<sup>43</sup>. Etant donné que l'administrateur qui a un intérêt opposé ne peut pas prendre part à la délibération, la Chambre de Commerce n'est pas convaincue de l'intérêt d'en informer les commissaires et les réviseurs. Elle se pose aussi la question si toutes les mesures de publicité de l'information prévues dans le nouvel article 57 sont nécessaires, étant donné qu'elles ne changeront rien à la prise de décision proprement dite.

Le procès-verbal consignait le conflit entre l'administrateur et le conseil d'administration ferait, conformément à l'article 73 de la LSC, partie intégrante du rapport de gestion, lequel fait lui-même l'objet soit d'un dépôt au registre de commerce et des sociétés, soit d'une mise à disposition au public au siège de l'entreprise conformément à l'article 77 de la loi du 19 décembre 2002. Par conséquent, par l'intermédiaire de ce régime, un document contenant des informations confidentielles sur la société est rendu public.

La Chambre de Commerce ne voit pas non plus l'utilité du fait d'acter dans le procès-verbal du conseil d'administration la nature de la décision ou opération visée, la justification de la décision ainsi que les conséquences patrimoniales pour la société. Elle ne voit pas la plus-value de ces informations, puisque l'administrateur qui a un intérêt opposé ne participe de toute façon pas à la délibération. Son intérêt opposé n'influence en effet en rien la prise de décision des autres administrateurs.

Enfin, la Chambre de Commerce donne à considérer que toutes les formalités contenues dans l'article ne vont pas dans le sens de la simplification administrative.

La Chambre de Commerce accueillerait également que la notion de „*opérations courantes conclues à des conditions normales*“ à l'alinéa 6 soit clarifiée par des exemples par les auteurs afin d'éviter une incertitude juridique pouvant déclencher un contentieux. Le dernier alinéa introduit la possibilité pour la société d'agir en nullité contre une décision prise en violation des dispositions relatives aux conflits d'intérêts si l'autre partie a eu ou devait avoir connaissance de cette violation. La Chambre de Commerce craint que cette disposition ne soit source de contentieux et d'insécurité juridiques. Une société qui s'aperçoit après coup qu'une opération s'avère inopportune ne sera-t-elle pas tentée de revenir sur sa décision en intentant une action judiciaire sur cette base? La taille du pays et la population relativement limitée de personnes qualifiées rend le cumul des mandats et partant la suspicion d'intérêts opposés quasiment inévitables, ce d'autant plus si la notion de conflits d'intérêts est étendue aux conflits d'intérêts indirects. D'un point de vue juridique et pratique se pose la question de la preuve que l'autre partie avait ou devait avoir connaissance de la violation des dispositions de l'article 57: les délibérations des conseils d'administration étant non publiques, l'autre partie n'a aucun moyen de vérifier si l'administrateur a dénoncé son intérêt opposé et s'il n'a pas pris part au vote. Par ailleurs, il ne revient certainement pas à l'autre partie de pâtir de la nullité d'une opération si le procès-verbal du conseil

42 CORBIAU Jean, avant-projet de loi sur les sociétés commerciales, 1905.

43 CORBIAU Jean, commentaire sous l'article 48 de l'avant-projet de loi; Alain Steichen, Précis de Droit des Sociétés, 2006, page 719.

d'administration ou le rapport de gestion ne comportent pas les énonciations exigées par l'article 57, ou encore si le bureau de l'assemblée générale omet de signaler l'intérêt opposé à l'assemblée des actionnaires. Sur toutes ces démarches, l'autre partie n'a en effet aucune influence. Selon le principe que „*nul ne peut invoquer sa propre turpitude*“, une action de la société basée sur sa propre omission de ne pas respecter les dispositions de l'article 57 devrait donc être vouée à l'échec.

La Chambre de Commerce regrette que les auteurs du Projet n'aient pas repris du droit belge (article 523 § 3) un cas d'exception qui permettrait d'exclure l'application de l'article aux opérations intra-groupe.<sup>44</sup>

Les mêmes commentaires valent mutatis mutandis à l'encontre des articles 60, 60-2, 60bis-8 et 60bis-18. D'un point de vue logique, l'introduction d'un paragraphe (2) rend nécessaire de regrouper les autres alinéas de l'article 57 sous un paragraphe (1).

Finalement, la Chambre de Commerce pense que toutes les dispositions (articles 57, 60, 60-2, 60bis-8 et 60bis-18) devraient le cas échéant être regroupées dans une seule et même disposition générale.

#### *Concernant l'article 59*

Dans un esprit de modernisation du texte, la Chambre de Commerce propose aux auteurs de changer à l'alinéa 2 la notion de „*dommages intérêts*“ en „*préjudice*“.

En ce qui concerne le dernier alinéa de cet article, la Chambre de Commerce met en avant l'insécurité juridique pouvant découler de la formulation choisie par les auteurs. En effet, à la lecture de la dernière partie de phrase „*(...) s'ils ont dénoncé ces infractions, selon le cas, à l'assemblée générale la plus prochaine ou lors de la première session du conseil d'administration suivant le moment où ils en ont eu connaissance*“ l'article peut être compris de deux façons distinctes:

- Si l'infraction concerne le comité de direction, le membre du comité de direction doit la dénoncer au prochain conseil d'administration. Si l'infraction concerne le conseil d'administration, l'administrateur doit la dénoncer à la prochaine assemblée générale.
- Si l'infraction est née à un moment où la prochaine assemblée générale n'est prévue que dans quelques mois, l'infraction devra être dénoncée au prochain conseil d'administration.

La Chambre de Commerce estime donc qu'il convient dès lors, afin d'éviter une mauvaise application du texte en pratique, de clarifier cet alinéa.

#### *Concernant l'article 60*

La Chambre de Commerce constate que les auteurs du présent Projet ne parlent pas de la possibilité pour le ou les délégués à la gestion journalière d'être des personnes morales. Il en résulte que des administrateurs qui sont des personnes morales ne sauraient devenir délégué à la gestion journalière.

La Chambre de Commerce est également d'avis qu'une définition de la gestion journalière, voire des exemples, pourrait fortement faciliter la tâche aussi bien aux entreprises, qu'aux magistrats devant trancher des litiges dans ce cadre.

En ce qui concerne le dernier alinéa de l'article concernant les conflits d'intérêts du délégué à la gestion journalière, la Chambre de Commerce estime que cette disposition trouverait mieux sa place dans un article général traitant des conflits d'intérêts. En plus, la Chambre de Commerce saisit mal la raison pour laquelle le seul cas où le délégué à la gestion journalière encourt la responsabilité de l'article 59 alinéa 2 de la loi serait le non-respect de cette procédure de conflits d'intérêts.

Selon Alain STEICHEN, „*le conseil d'administration, gardant la responsabilité générale de la gestion sociale, pourra concurremment à l'administrateur délégué continuer à poser des actes de gestion journalière. Ce n'est là que l'application des principes généraux applicables au mandat où le mandant peut lui aussi continuer à agir par lui-même après avoir constitué un mandataire.*“<sup>45</sup>

<sup>44</sup> L'article 523 § 3 Code des sociétés: Le 1er paragraphe n'est pas applicable lorsque les décisions ou les opérations relevant du conseil d'administration concernent des décisions ou des opérations conclues entre sociétés dont l'une détient directement ou indirectement 95% au moins des voix attachées à l'ensemble des titres émis par l'autre ou entre sociétés dont 95% au moins des voix attachées à l'ensemble des titres émis par chacune d'elles sont détenus par une autre société.

<sup>45</sup> Alain Steichen, *ibidem*, p. 729.

*Concernant l'article 60-1*

Les auteurs du projet ont consacré une pratique de longue date qui est la possibilité de constituer un comité de direction au sein de la SA. Le comité de direction tel qu'institué par le Projet doit être considéré comme un organe de la société. Le comité de direction tel qu'il existe actuellement dans un grand nombre d'entreprises n'est pas un organe.

En effet, les comités de direction qui existent actuellement au Grand-Duché de Luxembourg sont essentiellement mis en place pour faire face à une quasi-impossibilité matérielle du conseil d'administration de s'occuper de toute la gestion de la SA. Afin d'éviter un désordre organisationnel au niveau de la société, il est absolument nécessaire de prendre en considération que les comités de direction actuellement en fonction doivent pouvoir se conformer aux nouvelles dispositions légales sans apporter de grands changements par rapport à leur mode de fonctionnement actuel. Par ailleurs, le principe de la liberté contractuelle étant un des atouts majeurs de la législation luxembourgeoise en matière de droit des sociétés, il convient de la prendre en considération dans la rédaction de cet article. La Chambre de Commerce relève que les comités de direction tels qu'institués actuellement dans grand nombre d'entreprises n'ont pas la même fonction que celle retenue par les auteurs pour le comité de direction créé dans cet article. En effet, les comités actuels ne fonctionnent que sous ce terme, mais ne sont pas comparables aux comités de direction tels que visés dans le Projet.

Le Projet prévoit la création d'un comité de direction qui se voit déléguer, de manière exclusive, des pouvoirs de gestion de la part du conseil d'administration. Celui-ci ne peut cependant pas céder des pouvoirs de gestion concernant la politique générale de la société, ni céder l'ensemble de ses pouvoirs de gestion au comité de direction. Dans les domaines cédés au comité de direction, le conseil d'administration ne peut plus s'ingérer, mais dispose seulement d'un pouvoir de surveillance.

Le comité de direction créé par les auteurs est donc plutôt à voir comme un comité de „gestion“, étant donné que la modification des auteurs prévoit elle-même une délégation des pouvoirs de gestion.

Les comités de direction existant dans la pratique sont des délégations de pouvoirs du délégué à la gestion journalière. En effet, ils doivent être vus comme un excroissance du délégué à la gestion journalière. Le comité de direction n'est pas un organe, et les pouvoirs délégués ne le sont pas à titre exclusif, mais le délégué à la gestion journalière peut toujours s'ingérer. Bien souvent les comités de direction ont des missions allant au-delà de la simple gestion journalière. Le conseil d'administration garde un pouvoir exclusif dans certaines matières qui sont énumérées dans les statuts et dans ces domaines le comité de direction est chargé tout au plus de préparer les décisions du conseil d'administration. En pratique, les comités de direction conseillent le plus souvent le conseil d'administration sur les décisions à prendre en matière de politique générale de l'entreprise.

Les deux comités ne peuvent donc pas être mis sur un pied d'égalité, car ils n'engendrent pas la même utilisation en pratique.

La Chambre de Commerce se doit de relever qu'en l'état actuel de la proposition des auteurs et de la pratique luxembourgeoise, elle ne voit pas très bien comment les deux comités pourraient coexister ou se fondre en un seul organe. Par ailleurs, la Chambre de Commerce pense qu'il faut clairement articuler le fonctionnement conjoint de la délégation à la gestion journalière et du comité de direction tel qu'il a été proposé par les auteurs du Projet. Actuellement, le Projet prévoit une réelle hiérarchisation de la gestion dans l'administration de la société, mais malheureusement il est difficile de décerner à la lecture des dispositions prévues quels pouvoirs appartiennent à quel intervenant, quelles sont les missions des différents intervenants et quelles sont les limites des attributions d'un chacun.

La Chambre de Commerce critique également le choix de terminologie fait par les auteurs en employant le terme de „politique générale“. Ce terme est difficilement cernable et risque de poser des problèmes d'interprétation, notamment aux tribunaux saisis dans le cadre d'une affaire liée à l'interprétation de cette notion. Cette notion est également reprise du droit belge, et doit être appréciée „in concreto“. Si elle devait être maintenue, la Chambre de Commerce est d'avis qu'une définition claire et précise de cette notion est nécessaire pour éviter toute mauvaise interprétation.

*Concernant l'article 60-2*

La Chambre de Commerce se réfère, quant au principe, à son commentaire au sujet de l'article 57 du Projet. La Chambre de Commerce suggère encore une fois aux auteurs de regrouper toutes les

dispositions relatives aux conflits d'intérêt dans un seul et même article „général“ pour toutes les sociétés, ou du moins de prévoir un seul article pour les situations de conflits d'intérêts dans les SA.

*Concernant l'article 60bis*

Il échet de changer „par les membres du comité de direction“ par „le comité de direction“. En effet, les termes de „par les membres du comité de direction“ ne disent pas clairement s'ils agissent individuellement ou s'ils agissent collectivement.

*Concernant l'article 60bis-1 (non modifié)*

Le paragraphe (1) de l'article 60bis-1 exclut *in fine* les dispositions des articles 50 à 60bis pour les SA à structure dualiste. Etant donné que l'article 60-1 traite du comité de direction, une structure dualiste ne saurait se doter d'un comité de direction. En revanche, les textes n'excluent pas de doter une structure moniste d'un délégué à la gestion journalière et d'un comité de direction.

*Concernant l'article 60bis-10 et l'article 60bis-16*

La Chambre de Commerce n'a pas de commentaires particuliers quant à ces articles.

*Concernant l'article 61 et l'article 62 (non modifiés)*

La Chambre de Commerce note que les auteurs du Projet n'ont pas modifié les règles relatives aux commissaires aux comptes, alors même que le Code belge des sociétés a modifié de manière substantielle ces règles (articles 130 à 133 du Code belge des sociétés) afin de renforcer l'indépendance des commissaires.

*Concernant l'article 63 (non modifié)*

Etant donné que les délégués à la gestion journalière pourront voir leur responsabilité engagée sur base de l'article 60bis-10, il y a lieu d'ajouter au présent article une référence aux délégués à la gestion journalière. Il faudrait également ajouter le comité de direction qui peut voir engager sa responsabilité sur base de l'article 59.

*Concernant les articles 63bis à 63septies*

L'article 63bis introduit en droit luxembourgeois l'action minoritaire permettant aux actionnaires minoritaires (y compris ceux détenant des actions sans droit de vote<sup>46</sup>) et aux titulaires de parts bénéficiaires avec droit de vote d'introduire une action contre les administrateurs ou les membres du directoire ou du conseil de surveillance, pour autant qu'ils n'aient pas donné une décharge valable. Le seuil de détention requis est particulièrement faible: 1% des voix attachées à l'ensemble des titres.

Le droit belge prévoit cette action minoritaire à l'article 562 du Code belge des sociétés<sup>47</sup>. Les actionnaires minoritaires peuvent exercer l'action sociale qui est alors désignée comme l'action minoritaire. Il s'agit en fait de l'action sociale appartenant à la société, mais exercée pour son compte par les actionnaires minoritaires qui poursuivent la réparation d'un préjudice occasionné à la société. Il est regrettable que cette action ne fasse pas l'objet d'un commentaire plus exhaustif des auteurs, en particulier sur les possibles répercussions sur le rapport de force *minorité majorité* des actionnaires.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce estime qu'il convient de préciser de quelles actions il s'agit quant au fond, à savoir les actions visées aux articles 59 alinéa 1 (sauf que l'action ne peut pas être dirigée contre les membres du comité de direction), 60bis-10 alinéa 1 et 60bis-16 alinéa 1 de la LSC.

<sup>46</sup> Il faut qu'ils disposent d'un droit de vote conformément à l'article 44(2) et l'article 46 de la LSC et pour les actes afférents aux décisions prises en exécution de ces articles.

<sup>47</sup> Une action peut être intentée contre les administrateurs, pour le compte de la société, par des actionnaires minoritaires. Cette action minoritaire est intentée par un ou plusieurs actionnaires possédant, au jour de l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge des administrateurs, des titres auxquels sont attachés au moins 1% des voix attachées à l'ensemble des titres existant à ce jour ou possédant à ce même jour des titres représentant une fraction du capital égale à cinquante millions de francs au moins. Pour les actionnaires ayant le droit de vote, l'action ne peut être intentée que par ceux qui n'ont pas voté la décharge et par ceux qui ont voté cette décharge et que si celle-ci n'est pas valable. En outre, pour les détenteurs d'actions sans droit de vote, l'action ne peut être intentée que dans les cas où ils ont exercé leur droit de vote conformément à l'article 481 du Code des sociétés et pour les actes de gestion afférents aux décisions prises en exécution du même article.

Cet article est aussi applicable aux actionnaires de la société en commandite et de la SAS, mais non pas aux associés de la SARL. La Chambre de Commerce accueille favorablement cette nouveauté, même si elle aurait préféré un commentaire des articles plus étoffé.

*Concernant l'article 64 et l'article 64bis*

D'un point de vue formel, la Chambre de Commerce estime judicieux de traiter dans un seul article des modes de délibération, de convocation et de périodicité des organes de gestion. Les paragraphes (1) de l'article 64 et les paragraphes (1) alinéa 1, paragraphes (3), (4) et (5) de l'article 64bis pourraient être regroupés dans un seul article. Cet article pourrait aussi inclure les dispositions relatives aux résolutions circulaires (article 64 paragraphe (1) alinéa 2) et la possibilité de recourir à la visioconférence (article 64bis (3)).

Un article séparé devrait traiter de la nomination et du rôle du président. Cet article regrouperait l'article 64 (2) et l'article 64bis (2).

Quant au fond, la Chambre de Commerce invite les auteurs du présent Projet de modifier le texte du Projet dans le sens à offrir aux conseils des commissaires les mêmes facilités qu'aux autres organes de gestion, à savoir la consécration de la résolution circulaire (article 62 paragraphe (1) alinéa 2), l'accès aux documents transmis à l'organe (article 64 paragraphe (4)), la possibilité d'arrêter des règles de délibération à défaut de dispositions statutaires (article 64bis paragraphe (1)), et la possibilité de recourir à la visioconférence (article 64bis paragraphe (3)). Les deux articles méritent encore des clarifications sur les points suivants:

- Qui convoque les organes de gestion? En effet, l'article 64 (5) précise uniquement que le conseil de surveillance est convoqué par son président.
- Est-ce que le conseil de surveillance peut aussi recourir à la visioconférence?

La modification à l'article 64 consacre aussi la technique des résolutions circulaires comme technique d'adoption de décisions par le conseil d'administration. La Chambre de Commerce approuve cette consécration législative qu'elle avait déjà appelée de ses vœux dans son avis sur le projet de loi No 5352 concernant la société européenne. Il est clair que cette consécration donne une plus grande sécurité juridique à cette pratique utilisée depuis plusieurs années au Grand-Duché de Luxembourg.

La Chambre de Commerce salue la circonstance que les auteurs du présent Projet n'aient pas entièrement copié le pendant belge<sup>48</sup> qui consacre certes la pratique des résolutions circulaires, mais qui n'admet cette technique que „dans des cas exceptionnels dûment justifiés par l'urgence et l'intérêt social“.

Une telle application restrictive des résolutions circulaires viderait le texte à nouveau de beaucoup de son attrait pratique, car les résolutions circulaires ne sont en pratique non seulement de mise pour des cas exceptionnels d'urgence, mais le plus souvent pour des décisions de routine. Le renvoi à l'intérêt social du texte belge ne fait lui aussi guère de sens, puisque le conseil d'administration est en toute circonstance censé être guidé par l'intérêt social.

Par contre, la Chambre de Commerce remarque que le terme de „résolution circulaire“ n'est pas consacré par le Projet.

*Concernant l'article 66 (non modifié)*

La Chambre de Commerce invite les auteurs du Projet sous avis à étendre l'obligation de confidentialité aux réunions des commissaires aux comptes, et de prévoir que le(s) délégué(s) à la gestion journalière et les membres du comité de direction soient astreints à la même obligation.

*Concernant l'article 67*

Les modifications proposées aux paragraphes (1) et (2) entérinent des pratiques concernant la tenue des assemblées générales des actionnaires. Il est ainsi précisé que les assemblées générales ordinaires délibèrent sans quorum et sans tenir compte des abstentionnistes.

En outre, le Projet obligera désormais à la tenue d'une liste des présences. Ces modifications ne donnent pas lieu à commentaires.

<sup>48</sup> Article 521 du Code belge des sociétés.

L'article 67 (1) énonce le principe que l'assemblée générale des actionnaires d'une SA „a les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société“.

Les autres alinéas prévoient des règles (dont quelques unes sont impératives) en ce qui concerne le déroulement de l'assemblée des actionnaires. En outre, l'article 101-25 consacre la même liberté statutaire en ce qui concerne „les formes et les conditions“ des décisions collectives des associés de la SAS. Pour toutes ces raisons, la Chambre de Commerce estime que l'article 67 ne saurait s'appliquer à la SAS.

Le paragraphe (3) précise que les assemblées générales des actionnaires tenues par visioconférence ou par des moyens de télécommunication supposent néanmoins qu'un actionnaire ou un mandataire doit être physiquement présent au Grand-Duché de Luxembourg. Cette présence minimale permettra d'éviter des problèmes épineux de localisation dans l'espace des assemblées des actionnaires (en particulier pour déterminer la nationalité de la société). La Chambre de Commerce met en garde devant une trop grande liberté d'action pouvant faciliter l'abus, et soulève qu'il serait mieux qu'un des actionnaires soit présent au siège social de la société, et non seulement sur le territoire luxembourgeois. Par ailleurs, cette solution a également été retenue pour les SARL.

L'article 67 pris ensemble avec l'article 70, qui requiert qu'une assemblée générale soit tenue au Grand-Duché de Luxembourg au moins une fois par an, renforce la preuve de la présence et de la substance fiscale de la société au Grand-Duché de Luxembourg, et plus particulièrement en ce qui concerne les sociétés de participations financières.

La Chambre de Commerce propose de modifier le paragraphe (3bis) afin de permettre aux statuts d'autoriser aussi le vote par correspondance des parts bénéficiaires disposant d'un droit de vote. Alternativement, il convient de préciser à l'article 37 paragraphe (1) alinéa 2 que „Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés et les modalités d'exercice de ces droits“.

Le paragraphe (4) est à mettre en corrélation avec l'article 37 paragraphes (1) concernant les actions d'inégale valeur pour déterminer le nombre de voix attachées aux actions. Le principe reste „une action une voix“. C'est l'action qui représente la plus faible part dans le capital social qui détermine la quote-part du capital social qui donne droit à une voix.

Le paragraphe (4bis) de l'article 67 introduit la possibilité d'instaurer un droit de vote double. Il n'est cependant pas possible d'émettre des actions à droit de vote double sauf augmentation du capital social par incorporation des réserves, bénéfiques ou primes d'émission. L'attribution du droit de vote double est prévue soit par les statuts, soit par une assemblée générale extraordinaire. Seules les actions nominatives depuis plus de deux ans peuvent se voir conférer un tel droit de vote double. En vertu du commentaire des articles, ce droit de vote double est destiné à assurer la fidélisation de l'actionnariat. L'action à droit de vote double permet d'affermir le contrôle des actionnaires actuels en dérogeant au principe légal selon lequel le nombre de voix attaché aux actions est obligatoirement proportionnel à la quotité de capital qu'elles représentent.

La Chambre de Commerce n'a pas de commentaires spécifiques au sujet de cette disposition et l'accueille favorablement comme étant un moyen donné aux sociétés de renforcer un peu le pouvoir des actionnaires fidèles.

Par ailleurs, l'alinéa (5) prévoit que le seuil du capital détenu nécessaire pour avoir le droit de solliciter une prorogation de la séance est réduit de 20% à 10% („un dixième du capital social“). Cette modification que la Chambre de Commerce avait suggérée dans son avis relatif au projet de loi No 5352 précité est logique, car elle alignera le seuil pour solliciter une prorogation de l'assemblée sur celui exigé pour solliciter la tenue d'une assemblée.

#### *Concernant l'article 67bis*

L'article 67bis donne un cadre légal aux conventions de vote. Il consacre une pratique courante dans les SA et énonce les conditions devant être à la base d'une convention de vote valable. Le texte est d'inspiration belge.

Le présent Projet fait cependant une ajoute par rapport au texte de loi belge, en ce qu'il permet à tout actionnaire de demander en justice son retrait du contrat pour juste motif. Cette disposition peut être un obstacle à de telles conventions.

Par ailleurs, elle prévoit que le juge puisse s'immiscer dans les affaires de la société. La Chambre de Commerce se pose également la question de savoir quels sont les motifs légitimant un tel retrait. Elle est d'avis que le texte devrait prévoir certains exemples qui pourraient orienter le lecteur afin de

savoir dans quel sens le terme de „*juste motif*“ doit être interprété. A cet effet, la Chambre de Commerce renvoie à l'article 1871 du Code civil<sup>49</sup> qui utilise également le terme de „juste motif“, mais tout en donnant deux exemples précis de tels motifs et en renvoyant pour le reste à tout cas semblable. Ce même article prévoit également de laisser l'appréciation de la gravité du motif invoqué au juge.

La Chambre de Commerce est d'avis que les auteurs faciliteraient la bonne compréhension de l'article en ajoutant des explications supplémentaires.

#### *Concernant l'article 67-1*

L'alinéa premier du paragraphe (1) est modifié afin de supprimer l'exigence de l'unanimité des actionnaires en cas de changement de la nationalité de la société. L'augmentation des engagements des actionnaires reste soumis à la règle de l'unanimité des associés. Le commentaire des articles justifie ce changement par l'heure de la mobilité des sociétés. Les auteurs omettent pourtant de signaler que cette règle de l'unanimité constitue aussi un rempart efficace des actionnaires minoritaires contre un changement de nationalité de la société décidé seul par les majoritaires. Un tel changement de nationalité peut en effet avoir pour effet (désiré ou non de la part des actionnaires majoritaires) que les droits des actionnaires s'en trouvent affaiblis par l'application d'une législation nationale qui leur est moins favorable.

La Chambre de Commerce soulève les incohérences et les ambiguïtés de cet article, que la lecture du commentaire des articles ne permet pas de lever:

- Les auteurs utilisent l'argument de la mobilité des sociétés pour les SA, alors que cet argument vaut tout autant pour les SARL, du moins celles utilisées dans des montages financiers. Or, pour les SARL, la règle de l'unanimité est maintenue (article 199 de la LSC).
- Les auteurs utilisent l'argument de la mobilité des sociétés, alors qu'ils veulent concevoir un Projet moderne qui donne un attrait certain à la place luxembourgeoise en tant que centre d'activités des entreprises.
- Le but d'une meilleure protection des actionnaires minoritaires est constamment souligné par les auteurs dans le présent Projet. Or, la suppression de la règle de l'unanimité en cas de changement de nationalité de la SA est une régression pour ces droits.

Il paraît incohérent d'exiger pour la transformation d'une société en SAS la règle de l'unanimité (la Chambre de Commerce suppose que cette règle de l'article 101-20 vise à protéger les actionnaires minoritaires), alors que le changement de nationalité d'une SAS ne nécessite pas d'unanimité.

En France, le changement de nationalité de la société est prévu aux articles L.222-9 et L.223-30 du Code français. Si la société décide de transférer son siège social à l'étranger, la décision entraînant le changement de nationalité de la société devrait être prise à l'unanimité des associés. Toutefois, dans les SA et dans les sociétés en commandite par actions, la décision pourrait être prise en assemblée générale extraordinaire, aux conditions de droit commun, à condition que le pays d'accueil ait conclu avec la France une convention spéciale „*permettant d'acquérir sa nationalité et de transférer le siège social sur son territoire et conservant à la société sa personnalité juridique.*“<sup>50</sup>

Le premier alinéa du paragraphe (1) est encore modifié pour supprimer la nécessité d'un accord des obligataires à un changement de nationalité et à une augmentation des engagements des actionnaires. Cette suppression est motivée dans le commentaire des articles par les termes suivants: „*qu'il n'y a pas lieu de requérir l'accord des obligataires quant à la décision de l'augmentation des engagements des actionnaires.*“

La Chambre de Commerce ne saurait partager cette analyse pour les porteurs d'obligations convertibles en actions ou d'obligations assorties d'un droit de souscription. Ces actionnaires „*en germe*“ ont bien un intérêt à être consulté sur l'augmentation de leurs engagements potentiels. Ces mêmes remarques valent *mutatis mutandis* pour la suppression du paragraphe (3) (obligation de consulter les obligataires en cas de modifications touchant à la forme ou à l'objet de la société).

49 „(...) qu'autant qu'il y en a de *justes motifs*, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité est laissée à l'arbitrage des juges“. (Extrait de l'article 1871 du Code civil luxembourgeois, mise à jour Janvier 2007, page 452).

50 Article L.225-97 et L.226-1 alinéa 2.

En ce qui concerne l'ajout d'un alinéa 2 au paragraphe (1), la Chambre de Commerce approuve la possibilité de prévoir dans les statuts de la société une disposition autorisant le conseil d'administration ou le conseil de surveillance à procéder au transfert du siège social à l'intérieur du pays ou à l'intérieur de la commune de l'ancien siège. En effet, si les statuts prévoient cette possibilité, le conseil d'administration pourra procéder lui-même à ce changement sans en devoir demander l'accord à l'assemblée générale. Il en résulte une réduction des charges administratives occasionnées par l'organisation et la tenue d'une assemblée des actionnaires. Cependant, la Chambre de Commerce est d'avis que l'autorisation ne doit pas être accordée au conseil de surveillance, mais au directoire qui est l'organe gère la société au Luxembourg.

En France, c'est le conseil de surveillance qui assume plutôt cette fonction de gestion, alors qu'au Luxembourg celui-ci ne fait que surveiller le directoire.

L'article 67-1 traite des assemblées générales extraordinaires des SA. L'exigence que l'augmentation des engagements des actionnaires ne devrait être décidée qu'avec l'accord unanime des associés peut encore se justifier pour les SAS. Il en va cependant autrement du paragraphe (2) qui traite des conditions de convocation, de quorum et de majorité des assemblées générales extraordinaires de la SA. Ces conditions devraient relever de la liberté statutaire, telle qu'énoncée par l'article 101-25 de la LSC.

#### *Concernant l'article 68*

Pour avoir plus de cohérence au sein de la LSC, la Chambre de Commerce propose de synchroniser l'article 67(4) opérant un renvoi à l'article 68 et ledit article 68 en utilisant un terme unique à définir par exemple dans une section introductive tendant à définir des termes répétés dans la LSC. Ce terme unique devrait donc être soit le terme de la quotité la plus faible (Article 67(4)) soit le terme de la coupure la plus faible (article 68).

#### *Concernant l'article 70*

Il n'y a désormais plus d'obligation d'indiquer dans les statuts de la société les dates et heures de l'assemblée générale. Par ailleurs, elle ne doit plus être tenue dans le siège de la commune, mais il suffit qu'elle ait lieu au Luxembourg.

Cet article précise également que les administrateurs ou les membres du directoire et du conseil de surveillance et les commissaires devront être convoqués à l'assemblée générale ordinaire, si l'assemblée n'a pas été convoquée par eux-mêmes, et seront habilités à y participer. Le droit de participation à l'assemblée est étendu aux réviseurs d'entreprises dans les cas où ils sont nommés par l'assemblée générale.

La Chambre de Commerce salue cette disposition instituant le droit de participation à l'assemblée générale pour le réviseur d'entreprise nommé par l'assemblée générale. Il s'agit d'un principe de bonne gouvernance de l'entreprise. Cependant, il faut noter que la nomination d'un réviseur d'entreprises peut également être effectuée par une autre voie, comme notamment dans le cadre des banques où la nomination du réviseur d'entreprises est effectuée par le conseil d'administration.

Dès lors, la Chambre de Commerce propose de modifier le texte comme suit: „(...) *Les réviseurs d'entreprises dûment nommés devront être convoqués à participer aux assemblées (...)*“. En pratique, les réviseurs participent souvent aux assemblées générales, sur invitation du Président, surtout afin de pouvoir donner, en cas de besoin, des informations supplémentaires sur les documents rédigés par eux et soumis à l'assemblée.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce se réfère à ce qu'elle avait déjà souligné dans son commentaire sur l'article 67 du Projet. En effet, le fait que la loi requiert qu'une assemblée générale soit tenue au Grand-Duché de Luxembourg au moins une fois par an renforce la preuve de la substance fiscale des sociétés au Grand-Duché de Luxembourg, et plus particulièrement celle des sociétés de participations financières.

#### *Concernant l'article 71*

L'article 71 introduit une exception au principe „*une action, une voix*“. Cet article permet de limiter dans les statuts le nombre de voix dont chaque titulaire de titres dispose dans les assemblées. Il s'agit là d'une faculté laissée aux sociétés de prévoir un tel plafonnement dans leurs statuts.



En vertu du seul texte, il semblerait qu'il ne serait pas possible de dissocier les assemblées générales extraordinaires des assemblées générales ordinaires, ce qui enlève une partie de la souplesse du mécanisme. Cependant, le commentaire de l'article explique clairement que malgré le fait que l'article vise tant les assemblées générales ordinaires qu'extraordinaires, les statuts peuvent limiter la portée de la règle à l'un ou à l'autre type d'assemblée. Afin d'éviter la confusion du lecteur qui ne reprend pas pour chaque article les commentaires des auteurs, la Chambre de Commerce propose aux auteurs de remplacer le mot „*et*“ par „*ou*“, ou le cas échéant d'ajouter une phrase à l'article qui dit que les statuts peuvent limiter la portée de cette règle à l'un ou à l'autre type d'assemblée.

Le commentaire des articles précise en outre que l'article s'applique aux parts bénéficiaires munies d'un droit de vote, mais il reste cependant muet sur les actions sans droit de vote. En effet, si les titulaires d'actions sans droit de vote ou d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote peuvent sous certaines conditions récupérer leur droit de vote, il en peut être ainsi dans le cas où les dividendes prioritaires dus au titre de deux exercices successifs n'ont pas été intégralement versés, malgré l'existence de bénéfices distribuables suffisants. Dans ce cas, les titulaires des actions à dividende prioritaire sans droit de vote acquièrent des droits de vote égaux à ceux des autres actionnaires et cela jusqu'au moment où les dividendes ont été intégralement récupérés<sup>51</sup>. De l'avis de la Chambre de Commerce, l'article vise aussi ce type de droit de vote, car aucune restriction n'est faite dans l'article.

En ce qui concerne le bien-fondé de l'introduction de cette disposition, la Chambre de Commerce revient sur son avis du 9 novembre 1982 relatif au projet de loi No 2474 sur les sociétés commerciales, mais aussi sur son avis pris de concert avec la chambre des notaires au sujet du projet de loi No 2897 sur les sociétés commerciales, dans lesquels elle avait déjà suggéré une telle faculté aux auteurs.

La Chambre de Commerce fait également observer qu'une distinction entre les sociétés faisant appel public à l'épargne et les autres sociétés pourrait apporter une plus-value à l'article.

*Concernant l'article 78 (non modifié)*

La Chambre de Commerce suggère d'ajouter les membres du comité de direction à l'énumération faite dans cet article.

*Concernant l'article 84 (non modifié)*

La Chambre de Commerce estime que le principe de la double signature prévu pour l'émission d'obligations au porteur devrait être allégée car elle s'avère être d'un formalisme trop lourd en pratique pour un certain type de sociétés (par exemple les banques d'émission de lettres de gage pour lesquelles les émissions sont quasi-quotidiennes).

*Concernant l'article 96 et l'article 97*

Le Projet procède à l'abrogation des dispositions obsolètes et devenues inutiles en pratique relatives aux obligations remboursables par voie de tirage au sort. Cette modification ne peut être que soutenue.

*Concernant l'article 98bis*

L'article 98bis introduit en droit luxembourgeois la possibilité d'exclure par la voie judiciaire un actionnaire pour de justes motifs et de le faire céder l'ensemble de ses actions et titres qu'il possède dans la société. Le texte est inspiré du droit belge avec la distinction majeure (non autrement commentée par le commentaire des articles) qu'en droit belge, la procédure ne s'applique qu'aux sociétés non cotées. La disposition luxembourgeoise prévoit un régime général applicable à toutes les SA, cotées ou non.

Le défendeur qui a été assigné afin de céder ses actions et titres, ne peut plus, à partir du moment où la citation en justice lui a été signifiée, aliéner ses actions et titres, ni les grever de droits réels, sauf accord du juge ou des parties en cause. Le juge peut suspendre les droits relatifs aux actions et titres. Seul le droit au dividende ne peut être suspendu. Ne faut-il pas voir dans la circonstance que les actions de l'actionnaire „défendeur“ puissent voir leurs droits gelés (à l'exception du droit au dividende) une atteinte au droit de propriété qui n'est de surcroît susceptible d'aucun recours? Pourquoi les auteurs

<sup>51</sup> Alain STEICHEN, Précis de droit des sociétés, 1ère édition, 2006, page 642 et suivantes et article 46 alinéa 2 de la LSC.

ont-il prévu de geler aussi le droit à l'information? Malheureusement ces questions restent sans réponse.

L'article ne parle que „*de ses actions et tous les titres qu'il détient*“. Est-ce que l'on doit inclure dans le terme de „*titre*“ également les parts bénéficiaires et les obligations convertibles en actions? Selon les dispositions de l'article 98ter les obligations convertibles en actions peuvent faire l'objet d'un rachat.

De plus, la Chambre de Commerce souligne une erreur matérielle à l'alinéa 4 de cet article: en effet, elle estime que „*ses actions*“ à la fin de la première phrase devrait être échangé contre „*ces actions*“.

Elle remarque aussi que le paragraphe (6) n'a pas été repris du droit belge, mais est d'inspiration française. Elle propose de remplacer le **dernier alinéa du paragraphe (4)** de l'article 98bis „*Pour autant que les bénéficiaires aient été appelés à la cause (...)*“ par ledit paragraphe (6), qu'elle trouve plus adapté.

#### *Concernant l'article 98ter*

L'article 98ter est le pendant de l'article 98bis, à savoir le rachat obligatoire des actions et titres pour justes motifs demandé par voie judiciaire. Au regard du libellé de cet article, les détenteurs de parts bénéficiaires ne sont pas visés. En plus, la Chambre de Commerce se pose la question pourquoi les porteurs d'obligations convertibles sont visés dans cet article et non à l'article 98bis?

L'article 98bis et l'article 98ter permettent un contrôle mutuel des actionnaires plus efficace et vont dans le sens d'un renforcement de leur protection, notamment des actionnaires minoritaires. Il faut constater que les auteurs laissent au juge le soin d'apprécier „*les justes motifs*“ justifiant une exclusion ou un rachat par la voie judiciaire. Or, la sanction de l'actionnaire à l'origine des justes motifs motivant une demande de rachat ou d'exclusion est grave car elle va à l'encontre des droits fondamentaux reconnus à l'actionnaire, comme notamment celui de ne pas être exclu de la société. Une telle sanction n'était auparavant possible dans une SA que lorsqu'un actionnaire ne libérait pas à temps les actions qu'il avait souscrites. Par conséquent, il nous semble souhaitable que le législateur définit de manière restrictive ces „*justes motifs*“, ou du moins en détermine les critères d'identification, afin d'assurer la sécurité juridique nécessaire aux actionnaires minoritaires.

Enfin, la Chambre de Commerce relève un problème de renvoi qu'elle a constaté au paragraphe (1). En effet, les dispositions renvoient à l'article 98bis, paragraphes (2), (3), alinéa 2 et (4), alinéa 2 comme étant applicable. Il n'existe cependant pas d'alinéa 2 pour le paragraphe (3) de cet article.

#### *Concernant l'article 98quater et l'article 98quinquies*

L'article 98quater traite du retrait obligatoire („*squeeze-out*“). Les actionnaires minoritaires pourront être forcés par les actionnaires majoritaires de vendre leurs participations dès lors que 95% du capital assorti du droit de vote et 95% des droits de vote se trouvent réunis directement ou indirectement entre les mains d'un actionnaire.

L'article 98quinquies de son côté ouvre la possibilité au „*sell-out*“, à savoir à la faculté pour les actionnaires minoritaires de demander le rachat obligatoire de leurs titres lorsqu'un actionnaire détient directement ou indirectement 95% du capital assorti du droit de vote et 95% des droits de vote.

Ces dispositions s'inspirent largement de la loi du 19 mai 2006 concernant les offres publiques d'acquisition portant transposition de la directive 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004.

Le gouvernement vient de déposer tout récemment en date du 9 janvier 2009, à la Chambre des Députés, un projet de loi No 5978 relative au retrait obligatoire et au rachat obligatoire portant sur les titres de sociétés anonymes admis ou ayant été admis à la négociation sur un marché réglementé.

Ce projet a pour objet d'introduire en droit luxembourgeois des dispositions concernant le rachat et le retrait obligatoires de titres de sociétés et dont les titres sont admis, ou ont antérieurement été admis, à la négociation sur un marché réglementé. Comme l'indique l'exposé des motifs du projet de loi No 5978, de telles dispositions ont déjà été incorporées dans le présent projet de loi No 5730 sous avis et font donc double emploi.

Car il a été relevé entretemps que les articles 98quater et 98quinquies proposés dans le présent projet sous avis ne relèvent pas du droit des sociétés en général, mais des seules sociétés dont les titres sont

admis à un marché réglementé ou ont été antérieurement admis à un tel marché et n'ont donc pas véritablement leur place dans la LSC.

Comme le gouvernement a donc décidé d'extraire les dites dispositions du projet de loi No 5730 sous avis et de les inclure dans un autre projet, il est inutile de les commenter dans le cadre du présent avis.

#### *Concernant l'article 100*

Le dispositif de l'article 100 est modernisé dans le sens qu'il fera dorénavant référence à la notion d'actif net. La Chambre de Commerce accueille favorablement cette innovation. Le principe de l'article est renforcé afin d'obliger le conseil d'administration ou le directoire à convoquer l'assemblée des actionnaires, si en cas de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié, voire au quart du capital social. Le défaut de convocation établit dans ce cas une présomption de lien de causalité entre le dommage subi par la société ou les tiers et la non-convocation. Ce mécanisme est inspiré du droit belge. Cette disposition est également applicable aux SAS, mais ne l'est pas aux SARL.

La réforme de l'article 100 entend rendre plus sévères les obligations des organes de gestion en cas de perte du capital social. C'est ainsi que le présent Projet oblige les organes de gestion à présenter aux actionnaires un rapport spécial sur les mesures à prendre en vue de redresser la situation financière de la société. Les actionnaires seront ainsi mieux informés sur la situation de la société et des possibles options d'actions à entreprendre. Il est à espérer que les assemblées des actionnaires tenues en application de l'article 100, qui se résument à l'heure actuelle bien souvent à une pure formalité, soient l'occasion d'un véritable échange entre les organes de gestion et les actionnaires sur la situation financière de la société. La présomption de lien de causalité entre le préjudice subi et l'absence de convocation sera une menace suffisamment grave pour inciter les organes de gestion à respecter le dispositif de l'article 100.

#### *Des sociétés par actions simplifiées*

##### *Concernant l'article 101-18*

La Chambre de Commerce doit malheureusement constater qu'à la lecture du libellé actuel de l'alinéa 3 de cet article, il est en pratique mal aisé de déterminer quelles dispositions de la SA sont ou non applicables à la SAS. En effet, cet alinéa pose tout d'abord le principe que les dispositions relatives à la SA sont applicables „dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières prévues dans la section consacrée aux SAS“. Ensuite, le même alinéa exclut les articles 50 à 60bis-18 (articles relatifs au conseil d'administration, au conseil de surveillance et au directoire) sous réserve de ce qui est dit à l'article 101-24 de la LSC, ainsi que les articles 64 à 68, 70 et 71.

L'annexe II, I. du Projet qui devrait expliquer de manière claire et concise les articles de la SA inapplicables à la SAS, est inexploitable, car contenant des erreurs manifestes.

Dans un souci de sécurité juridique, la Chambre de Commerce exhorte les auteurs du Projet à reformuler l'article 101-18 LSC dans un sens univoque concernant les articles de la SA applicables à la SAS. A titre subsidiaire, elle suggère que les auteurs du Projet produisent une nouvelle annexe II, plus claire que le texte actuel de ce document.

Quant au fond, la Chambre de Commerce s'interroge sur les raisons d'avoir écarté l'application de l'article 71 (possibilité de plafonner le nombre de voix d'un actionnaire), qui aurait pourtant introduit une liberté supplémentaire à la SAS.

Comme elle l'a expliqué dans ses commentaires ci-dessus, la Chambre de Commerce croit comprendre que les articles 64 à 68 ne s'appliquent pas à la SAS. L'article 67 en particulier traite en son paragraphe (4) du principe „une action, une voix“. Par la circonstance que l'article 67 est écarté, la Chambre de Commerce en déduit qu'il est possible statutairement de moduler les droits de vote et en conséquence de s'écarter du principe „une action, une voix“. La Chambre de Commerce regrette que la mise à l'écart ou non du principe essentiel du droit des sociétés luxembourgeois „une action une voix“ ne soit pas du tout commentée par le Projet. Si l'article 67 n'est pas applicable, mais que l'article 71 n'est pas non plus applicable, comment cette situation est-elle gérée? En France, la liberté totale règne en ce qui concerne la proportion entre droits de vote et quotité du capital. On peut prévoir des actions à droit de vote multiples comme 5, 10 ou 100 voix pour certaines actions.

Ce n'est qu'à la lecture de l'annexe qu'on s'aperçoit que les articles 12septies (nullité des assemblées générales), 26-2 (hypothèse du quasi-apport) et les articles 49-1, 49-5 et 49-7 en ce qu'ils concernent

l'exercice du droit de vote des actions détenues par la société elle-même, sont également exclus d'application à la SAS.

Enfin, la Chambre de Commerce relève que le Projet n'assimile pas la SAS à une SA en matière de droit du travail. Il en résulte en particulier que les règles de la „*Mitbestimmung*“ de l'article L. 426-1 du Code du travail ne trouvent pas à s'appliquer à la SAS.

En ce qui concerne les droits des actionnaires, la Chambre de Commerce note une différence notable entre la SAS française et la SAS luxembourgeoise: alors que les actionnaires de la première ne disposent pas du droit d'information préalable aux assemblées générales prévues aux articles L. 225-115 et L. 225-116 du Code de commerce<sup>52</sup>, le Projet sous avis n'écarte pas l'application de l'article 73 LSC (documents à mettre à disposition des associés avant l'assemblée générale). La Chambre de Commerce regrette que cette différence non négligeable n'ait pas fait l'objet d'un commentaire, mais soit seulement mentionnée dans l'annexe II.

#### *Concernant l'article 101-19*

En s'inspirant de la solution adoptée en France<sup>53</sup>, la SAS ne peut pas procéder à l'émission publique d'actions.

L'article 163 6° de la LSC assortit l'interdiction de cet article d'une amende pouvant aller de 500 à 25.000 euros pour les dirigeants.

Le commentaire des articles ne cite que ce qui a été discuté sur ce point lors de son introduction en France et reprend la motivation retenue en France qui est de dire qu'il n'y a que peu de dispositions visant la protection des associés de la SAS, et que cette interdiction vise du moins à maintenir le caractère fermé des SAS. La doctrine française justifie cette même interdiction en France par *l'intuitu personae* qui doit unir les personnes qui s'engagent dans cette structure vouée à la liberté contractuelle et par la volonté de protéger les épargnants dès lors que les actions d'une telle SAS pourraient désormais être offertes à des personnes physiques.<sup>54</sup>

Cependant, les SAS ont la possibilité de faire appel public à l'épargne par le biais de l'émission d'obligations par la voie privée ou publique. Ces obligations ne doivent pas être convertibles en actions ou assorties d'un droit de souscription, afin de maintenir le caractère fermé de la société.

La SAS dispose donc de la possibilité de se financer par l'appel à l'épargne publique ou privée, mais sans donner la possibilité aux souscripteurs d'entrer dans le capital social de la SAS. Il s'agit là d'une solution encore plus restrictive que celle retenue pour les SARL, qui ont cependant la possibilité d'émettre des obligations convertibles ou munies d'un droit de souscription si les souscripteurs sont agréés par les associés suivant les conditions énoncées à l'article 189 de la LSC.

Il est clair que par rapport à la SA, qui peut aussi bien émettre publiquement des actions que des obligations convertibles ou non, la SAS ne tient pas la comparaison. La Chambre de Commerce se pose la question si une telle forme de société, jouissant du point de vue de son fonctionnement et de

52 Article L. 225-115 du Code de commerce français: „Tout actionnaire a droit, dans les conditions et délais déterminés par décret en Conseil d'Etat, d'obtenir communication:

- 1° De l'inventaire, des comptes annuels et de la liste des administrateurs ou des membres du directoire et du conseil de surveillance, et, le cas échéant, des comptes consolidés;
- 2° Des rapports du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance, selon le cas, et des commissaires aux comptes, qui seront soumis à l'assemblée;
- 3° Le cas échéant, du texte et de l'exposé des motifs des résolutions proposées, ainsi que des renseignements concernant les candidats au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, selon le cas;
- 4° Du montant global, certifié exact par les commissaires aux comptes, des rémunérations versées aux personnes les mieux rémunérées, le nombre de ces personnes étant de dix ou de cinq selon que l'effectif du personnel excède ou non deux cents salariés;
- 5° Du montant global, certifié par les commissaires aux comptes des versements effectués en application des paragraphes 1 et 4 de l'article 238bis du code général des impôts ainsi que de la liste des actions nominatives de parrainage, de mécénat;
- 6° De la liste et de l'objet des conventions portant sur des opérations courantes conclues à des conditions normales, établis conformément aux articles L. 225-39 et L. 225-87.“

Article L. 225-116: „Avant la réunion de toute assemblée générale, tout actionnaire a le droit d'obtenir, dans les conditions et les délais déterminés par décret en Conseil d'Etat, communication de la liste des actionnaires.“

53 Article L. 227-2 du Code de commerce français.

54 Lamy Sociétés commerciales 2004 point 3985.

son organisation d'une liberté quasi-totale n'a pas besoin, pour plaire aux investisseurs et pour marquer la différence par rapport aux autres sociétés, de plus de flexibilité au niveau du financement.

*Concernant l'article 101-20*

Cet article, inspiré du droit français, exige l'unanimité des associés pour transformer une société en SAS. Le commentaire des articles ne justifie pas autrement cette disposition. La doctrine française justifie cette règle par la circonstance que „dans bien des cas, une telle transformation aura-t-elle pour effet de réduire les droits des associés plutôt que d'augmenter leurs engagements. Mais en tout état de cause l'ambiance contractuelle qui imprègne la SAS exclut assez naturellement qu'une telle transformation puisse être décidée par une majorité qualifiée<sup>55</sup>“.

Dans les faits, cet article rend quasiment impossible la transformation d'une société préexistante en SAS. Ce type de société ne s'ouvre donc qu'aux sociétés préexistantes détenues à 100% par le même actionnaire et aux nouvelles structures qui se constituent directement sous la forme de SAS.

La Chambre de Commerce déplore le caractère trop fermé de la SAS. Elle recommande au contraire de maintenir le principe général que le changement d'une forme sociétaire vers une autre nécessite le quorum et la majorité nécessaires au changement des statuts et de n'exiger l'unanimité que si les engagements des associés se trouveraient modifiés du fait du changement de forme de société en SAS. Vu la liberté contractuelle très prononcée, il est vrai que les actionnaires de la SAS risquent de disposer de moins de droits que dans un autre type de société (par exemple si les statuts prévoient qu'il n'y a pas d'assemblées des actionnaires etc.), mais il existe déjà d'autres cas de figure de transformations de sociétés dans lesquelles les associés se retrouvent avec moins de droits, sans que la loi ne prévoie la règle de l'unanimité. Il en va ainsi de la transformation d'une SARL en SA: les associés minoritaires risquent plus facilement de se voir imposer des décisions (puisque la majorité pour les assemblées générales extraordinaires est plus faible dans les SA que dans les SARL) ou de nouveaux associés (en principe, pas de conditions d'agrément dans la SA).

Pour toutes ces raisons, la Chambre de Commerce recommande à titre principal la suppression pure et simple de cet article. A titre subsidiaire, elle s'interroge si cette disposition ne trouverait pas mieux sa place dans l'énumération de l'article 308bis-21 (5). Cet article énonce en effet les transformations de sociétés qui devront impérativement recueillir le consentement unanime de tous les associés.

A titre subsidiaire, elle recommande que la SAS puisse se transformer aisément en tout autre type de société qui soit autorisée à faire appel public à l'épargne. A cet effet, il convient d'écarter pour la transformation d'une SAS la règle de l'unanimité en cas de transformation dans les deux ans de son existence (article 308bis-21 (5) 4°).

*Concernant l'article 101-21*

L'article 101-21 énonce la liberté statutaire en ce qui concerne la direction de la société. Il constitue de ce fait une pierre angulaire de tout le dispositif relatif à la SAS.

*Concernant l'article 101-22*

Le présent article organise la représentation de la société vis-à-vis des tiers. Ce pouvoir de représentation est assuré par un président, mais les statuts peuvent néanmoins prévoir que d'autres personnes que le président (le Directeur général et le Directeur général délégué) exercent ses pouvoirs.

Les conditions de désignation des dirigeants dans les statuts constituent une autre des pierres angulaires de la liberté contractuelle de la SAS: la doctrine française estime que rien n'empêche les statuts à prévoir qu'un associé déterminé ou un groupe d'associés, voire un tiers non associé ou un associé majoritaire désignent le président<sup>56</sup>. La Chambre de Commerce relève que l'article sous avis ne traite pas expressément des conditions de révocation et de rémunération du président. Il est certes vrai que la doctrine française estime que les conditions de révocation sont librement fixées dans les statuts, en particulier la question de savoir s'il s'agit ou non d'une révocabilité ad nutum<sup>57</sup>.

L'article sous avis permet aussi de prévoir dans les statuts les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes peuvent exercer les pouvoirs du président. La Chambre de Commerce estime que

55 Yves Reinhard dans RTD commercial 1999, p. 898 La nouvelle société par actions simplifiée est arrivée.

56 Mémento droit des sociétés 2005 No 15029.

57 Mémento droit des sociétés 2005 No 15041 et suivants.

rien n'empêche la désignation de plusieurs directeurs délégués. Avec la doctrine française, elle estime que les pouvoirs de ces personnes découlent nécessairement de ceux du président et que de ce fait, les clauses statutaires limitant le pouvoir de représentation de ces directeurs seraient inopposables aux tiers, même si elles sont publiées<sup>58</sup>.

La Chambre de Commerce signale dans la dernière phrase qu'il y a lieu de mettre le mot „même“ au pluriel.

#### *Concernant l'article 101-23*

La Chambre de Commerce estime que la question de savoir si une personne morale nommée président ou dirigeant doit ou non désigner un représentant permanent devrait être laissée au libre choix des statuts. La rigidité de fonctionnement qu'entraîne l'article 101-23 pourrait le cas échéant être un frein à la constitution de „joint ventures“ sous forme de SAS. Par ailleurs, le fait de laisser le soin aux statuts de déterminer si un représentant permanent doit être désigné, permet de différencier encore davantage la SAS de la SA et de la SARL.

#### *Concernant l'article 101-24*

Le président ou les dirigeants de la SAS encourent les mêmes responsabilités que les membres du conseil d'administration ou du directoire d'une SA. L'article ne donne pas lieu à commentaires.

#### *Concernant l'article 101-25*

L'article 101-25 laisse aux statuts le soin de déterminer les décisions relevant de l'assemblée générale des actionnaires.

L'article énumère un certain nombre de domaines qui ne sauraient cependant être soustraits aux décisions collectives des associés. Il y aurait lieu de supprimer les décisions d'augmentation et de réduction de capital de la liste des décisions devant impérativement être prises par décision collective des associés, car la Chambre de Commerce préconise une variabilité du capital social de la SAS, tel qu'il est appliqué en France. Cette variabilité pourrait également faciliter les augmentations et les réductions de capital et distinguer la SAS de la SA et également de la SARL.

Les statuts détermineront également les conditions de convocation, de présence, le mode de tenue des assemblées générales (par exemple par visioconférence), de majorité etc. De toute façon, les dispositions relatives aux assemblées générales dans les SA sont exclues d'application aux SAS. Afin de pallier à un silence des statuts, la Chambre de Commerce propose de préciser que les décisions se prendront alors à la majorité simple<sup>59</sup> (sauf disposition contraire dans la loi, par exemple une transformation en une autre forme sociétaire).

La Chambre de Commerce relève une incohérence entre le commentaire des articles et le contenu même du texte de l'article. Dans le commentaire des articles, les auteurs disent que les mentions „extraordinaires et ordinaires“ qualifiant les assemblées générales dans le texte français (article L. 227-9 Code de commerce français: „Toutefois, les attributions dévolues aux assemblées générales des sociétés anonymes (...)“ n'ont pas été reprises dans le texte luxembourgeois proposé par les auteurs, alors que le texte lui-même reprend pourtant ces termes.

L'article énonce aussi que les décisions de l'associé unique sont répertoriées dans un registre. Le commentaire des articles déclare vouloir „repandre la règle selon laquelle les décisions de l'associé unique sont répertoriées dans un registre car la disposition équivalente s'agissant de la SA figure dans un article (article 67 paragraphe 1 in fine)“. Or, l'article 67 traite en son paragraphe (2) in fine de l'obligation de l'associé unique d'inscrire ses décisions dans un procès-verbal. Ce libellé est quasi identique à l'article 200-2 alinéa 2 traitant de l'associé unique dans les SARL: „Les décisions de l'associé unique (...) sont inscrites sur un procès-verbal ou établies par écrit.“ Pour des raisons de cohérence, la Chambre de Commerce propose d'adopter pour l'article 101-25 le même libellé que celui des articles 67 (2) in fine et 200-2 alinéa 2 de la LSC.

La Chambre de Commerce réitère son opposition à l'introduction en droit luxembourgeois d'une obligation de tenir un registre des décisions de l'associé unique, opposition qu'elle avait déjà exprimée

<sup>58</sup> Mémento droit des sociétés 2005 No 15041 et suivants.

<sup>59</sup> En ce sens Mémento Droit des sociétés 2005 No 16040.

dans son avis relatif au projet de loi No 5352<sup>60</sup> relative au statut de la société européenne. La même opposition vaut à l'encontre de la référence à un registre des décisions à l'article 101-26 (3).

*Concernant l'article 101-26*

L'article 101-26 règle la prise de décision des organes de gestion en cas de conflits d'intérêts. Il est inspiré de l'article 57 concernant les SA.

La Chambre de Commerce renvoie à son commentaire sous l'article 57 de la LSC en ce qui concerne l'inopportunité d'énoncer dans le rapport de gestion la justification de la décision et des conséquences patrimoniales pour la société.

L'article vise à couvrir dans les trois cas de figure possibles la personne qui prendra la décision à la place de la personne qui a un conflit d'intérêt:

- 1) Lorsque la SAS ne dispose que d'un président et qu'il existe dans son chef un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération relevant de la sphère de ses pouvoirs, un mandataire ad hoc devra prendre la décision et/ou effectuer l'opération pour le compte de la société.
- 2) Lorsque la SAS dispose d'un président et d'un ou de plusieurs dirigeants et qu'on est en présence d'un conflit d'intérêts d'un ou de plusieurs dirigeants, le président devra prendre la décision.
- 3) Lorsque la SAS dispose d'un président et d'un ou de plusieurs dirigeants, et que tous ont un intérêt opposé, alors la décision doit être prise par un mandataire ad hoc.

La Chambre de Commerce estime que la nomination d'un mandataire ad hoc est une solution difficilement compatible avec le souci de la simplification administrative et de la flexibilité qui doit gouverner le fonctionnement de la SAS. Se poserait par ailleurs la question pratique de savoir qui nommerait ce mandataire ad hoc. Ni l'article réformé, ni le commentaire de l'article ne se réfèrent à la nomination de ce mandataire. S'il fallait à chaque fois demander au juge (en pratique souvent le juge des référés) de procéder à cette nomination, la SAS se trouverait judiciairisée dans son mode de fonctionnement. La Chambre de Commerce estime qu'il serait nécessaire d'éclaircir la question de la nomination d'un tel mandataire ad hoc, et de prévoir notamment dans les statuts de la société les formalités à respecter dans le cas d'une telle nomination.

Le paragraphe (4) énonce les cas de figure pour lesquels il n'y a pas lieu de recourir à la procédure du conflit d'intérêt énoncée aux paragraphes précédents. Le commentaire des articles déclare s'être inspiré de l'article 57 de la LSC. Pourtant, l'article 57 dernier alinéa avant le paragraphe (2) est libellé d'une autre façon que l'article 101-26.

La Chambre de Commerce recommande de recourir au libellé de l'article 57, qu'elle juge plus clair. Elle préconise de changer l'article dans le sens de l'article 57 en lui donnant le contenu suivant: „(4) *Les dispositions des alinéas qui précèdent ne sont pas applicables lorsque les décisions du président ou du/des dirigeant(s) concernent des opérations courantes et conclues dans des conditions normales.*“

*Concernant l'article 101-27*

Selon la compréhension de la Chambre de Commerce, le présent article permet de prévoir des clauses statutaires d'inaliénabilité des actions, alors même qu'elles seraient contraires à l'intérêt social, pour autant qu'elles soient limitées à dix ans.

Cette conclusion peut être tirée des commentaires des auteurs, mais aussi du paragraphe suivant qui énonce que pour les clauses qui excèdent cette durée de dix ans, deux conditions doivent être remplies, à savoir qu'elles doivent être compatibles avec l'intérêt social et qu'elles doivent être limitées dans le temps. Ces deux conditions se retrouvent dans l'article 37 de la LSC sur les SA.

Ces exigences seront en pratique faciles à contourner: il suffit d'énoncer dans les statuts une clause d'inaliénabilité limitée à dix ans et de prévoir dans les statuts (en application de l'article 101-25 de la LSC) que le président ou une assemblée des associés décidant à une majorité relativement faible puissent renouveler cette clause au bout de chaque décennie.

<sup>60</sup> Cf. commentaire sous l'article 67 du présent Projet.

La Chambre de Commerce s'interroge sur l'opportunité d'instaurer deux régimes distincts d'inaliénabilité pour les actions dans la SAS: le régime énoncé par le présent article visant les dispositions statutaires et étant particulièrement libéral (dans le sens qu'il permet un verrouillage de facto „*éternel*“ de la société alors même qu'il est contraire à l'intérêt de la société) et un régime énoncé par l'article 37(2) de la LSC qui vise également les statuts, les autres conventions et autres actes et concerne tous les titres représentatifs du capital social, qui est nettement plus contraignant. En effet, cet article énonce que „*les clauses d'inaliénabilité doivent être limitées dans le temps et ne doivent pas être contraignantes à l'intérêt social*“.

Il ne fait donc pas de différence de durée des clauses. Cet article concernant les SA n'est pas exclu de la liste des articles applicables à la SAS. Il est clair que suivant l'article 101-18 sur les SAS, les dispositions sur les SAS prévalent et les dispositions sur les SA ne sont applicables que si elles ne contredisent pas le sens des dispositions sur les SAS. En ce qui concerne donc les clauses d'inaliénabilité contenues dans les statuts, le régime de la SAS est donc applicable. Mais, si des clauses d'inaliénabilité sont contenues dans d'autres conventions, les clauses d'inaliénabilité tomberaient sous l'effet de l'article 37(2) sur les SA et les clauses devront d'office remplir les deux conditions de validité sus-énoncées.

La Chambre de Commerce relève finalement une erreur matérielle dans la première ligne du commentaire des articles. Le renvoi devrait être à l'article 227-13 du Code de commerce français.

#### *Concernant l'article 101-28 et l'article 101-29*

La Chambre de Commerce signale tout d'abord une erreur matérielle dans la première ligne du commentaire des articles: le renvoi devrait être fait à l'article L. 227-14 du Code de commerce français.

Ces articles autorisent tant les clauses d'agrément préalable que les clauses de préemption. La Chambre de Commerce suggère de préciser à qui appartient le droit de préemption: Appartient-il à la société et/ou aux associés de la SAS? La Chambre de Commerce renvoie par ailleurs à son interrogation sous l'article 101-27 de la LSC sur l'opportunité d'instaurer deux régimes distincts.

En ce qui concerne plus précisément l'article 101-28, la Chambre de Commerce se demande pourquoi il n'est fait référence qu'aux „*statuts*“ alors que l'article 37 relatif aux SA vise „*les statuts*“ et „*autres conventions*“. La Chambre de Commerce suggère de proposer l'extension des termes de l'article 101-28 à „*toute convention*“.

La Chambre de Commerce s'interroge également sur l'opportunité de l'agrément de la „*société*“. En effet, en droit luxembourgeois, ce sont les associés qui donnent l'agrément. Cette disposition a du mal à s'insérer dans le droit luxembourgeois et la Chambre de Commerce s'oppose par conséquent au maintien de la formulation „*l'agrément de la société*“.

#### *Concernant l'article 101-30*

La Chambre de Commerce propose de modifier au paragraphe (1) alinéa 3 „*la société associée*“ par „*l'associé, personne morale*“.

#### *Concernant l'article 101-31 et l'article 101-32*

La Chambre de Commerce n'a pas de commentaires spécifiques à l'encontre de ces articles.

### *Des sociétés coopératives*

#### *Concernant les articles 113, 114, 115, 116, 117 et 117bis*

Les auteurs du Projet ont ajouté aux dispositions applicables la possibilité pour les associés de choisir entre la société coopérative à responsabilité limitée et la société coopérative à responsabilité illimitée. Cette distinction a le mérite d'apporter une certaine clarté à la LSC en avisant les acteurs économiques intéressés à la création d'une telle forme sociétaire de la possibilité de limiter ou non la responsabilité de leur apport.

La Chambre de Commerce ne peut qu'accueillir ce nouveau système. Cependant, elle regrette que les auteurs n'aient pas profité de l'occasion de cette modernisation afin de rendre le droit luxembourgeois compatible avec le règlement communautaire 1435/2003 relatif au statut de la société coopérative européenne, alors même que cette mise en conformité devait intervenir pour le 18 avril 2006 au plus tard.

La Chambre de Commerce n'a pas de commentaires spécifiques sur ces dispositions.



*Concernant l'article 118 (non modifié)*

L'article 118 oblige toute société coopérative de tenir un registre contenant l'acte constitutif de la société, les coordonnées des associés, les versements effectués par ces derniers et toutes les indications relatives aux réviseurs et les dates de révision.

En vertu de l'alinéa 2 de cet article, ce registre doit être coté, paraphé et visé soit par un des juges du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, soit par le bourgmestre de la commune. Cette formalité est exigée parce que „*le registre en question n'est autre chose qu'un livre de commerce, d'une nature spéciale en rapport avec le caractère particulier des opérations qu'il a pour but et pour objet d'enregistrer. Il est dès lors naturel que sa forme extérieure soit soumise aux conditions exigées par le droit commun commercial relativement à tous les livres de commerce.*<sup>61</sup>“

Force est cependant de constater que les livres de commerce n'exigent plus de nos jours cette formalité. Le Code belge des sociétés (article 357) n'exige pas non plus cette formalité. Cette formalité est de surcroît, selon les informations que la Chambre de Commerce a recueillies auprès de ses ressortissants, tombée en désuétude. Dès lors, elle suggère la suppression pure et simple des alinéas 2 et 3 de l'article 118.

*Concernant l'article 127*

La Chambre de Commerce relève le terme de „*numéro d'ordre*“ dans cet article et se pose la question de savoir si une définition de ce terme ne faciliterait pas la bonne compréhension de cet ajout.

*Concernant l'article 137 (non modifié)*

L'article 136 soumet l'organisation et la gestion des sociétés coopératives au contrôle du gouvernement. En vertu de l'arrêté grand-ducal du 30 août 1918 concernant le règlement sur le contrôle des sociétés coopératives<sup>62</sup>, ce contrôle prend la forme d'un rapport annuel par un réviseur d'entreprises qui est ensuite soumis au gouvernement.

La Chambre de Commerce ne voit pas de justification à un tel contrôle dans une économie libérale de marché. Il faut aussi noter que le Code belge des sociétés ne connaît pas non plus un tel contrôle. La suppression de ce rapport de réviseur entraînerait une économie substantielle pour les sociétés coopératives et la Chambre de Commerce est donc clairement de l'avis qu'une telle suppression est nécessaire.

*De la liquidation de la société**Concernant l'article 142*

La modification de cet article est envisagée dans le cadre d'une généralisation du mécanisme mis en place pour assurer la continuité dans la représentation de la société. Malheureusement, aucune information supplémentaire ne peut être tirée des commentaires de l'article, à part le fait que cette disposition trouve son origine dans la loi belge.

*Des actions et des prescriptions**Concernant l'article 154*

L'article 154 prévoit dorénavant qu'un ou plusieurs associés représentant 10% du capital social ou 10% des voix attachées à l'ensemble des titres existants peuvent de manière individuelle ou groupée poser des questions par écrit à l'organe de gestion sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société.

Cette nouvelle version de l'article 154 réforme de manière fondamentale le droit à l'information des associés. Il est regrettable que le commentaire des articles ne mette pas plus en perspective la relation de cet article avec les autres articles allant dans le même sens, comme par exemple l'article 70 qui vise à assurer une information à un dixième des associés et le droit d'exiger du conseil d'administration la tenue d'une assemblée générale avec un ordre du jour bien précis.<sup>63</sup>

61 Des sociétés commerciales, avant-projet de loi élaboré par Jean CORBIAU, Imprimerie Bück 1905, p. 267.

62 Mémorial No 53 du 1er septembre 1918 page 1041.

63 Article 70 alinéa (2), 2e phrase: „(...) Ils sont obligés de la convoquer (AG) de façon qu'elle soit tenue dans le délai d'un mois, lorsque les actionnaires représentant le dixième du capital social les en requièrent par une demande écrite, indiquant l'ordre du jour.“

Au regard de l'emplacement de l'article 154, il ne fait aucun doute qu'il s'applique à toutes les sociétés commerciales. Cependant, à la simple lecture du libellé de l'article, le doute est pourtant de mise quant à la question de savoir si les titulaires de parts bénéficiaires sont visés. L'article vise en effet uniquement les associés qui détiennent soit des titres représentatifs du capital social, soit des titres auxquels des droits de vote sont attachés. Or, les titulaires de parts bénéficiaires ne sont pas à considérer comme des associés, et n'ont pas, sauf cas exceptionnels, de droit de vote. Le commentaire des articles énonce pourtant sans équivoque la volonté de viser les titulaires de parts bénéficiaires munis d'un droit de vote.

L'article pêche encore par un certain flou sur ce qu'il convient d'entendre par „10% des voix attachées à l'ensemble des titres existants“. Le commentaire des articles semble laisser sous-entendre que seules les parts bénéficiaires sont visées. On peut alors s'interroger sur les raisons pour lesquelles les auteurs du Projet n'emploient pas le terme de „parts bénéficiaires“ pourtant consacré par le présent Projet à l'article 37 de la LSC. Y a-t-il lieu d'en déduire que le terme „titre“ est plus large et que pour la détermination du seuil de 10% des voix attachées aux titres existants, il faille faire le cumul des voix attachées aux actions ET aux parts bénéficiaires, voire celles attachées aux obligations?

En effet, le terme de „titre“ peut, dans le langage juridique courant parfaitement couvrir la notion d'obligation. Les obligataires ne sont certes pas des associés, mais nous avons déjà vu que les titulaires de parts bénéficiaires ne le sont pas non plus. Les auteurs du présent Projet entendent pourtant ouvrir aux titulaires de parts bénéficiaires le droit à cette action en justice.

La Chambre de Commerce regrette que le Projet supprime la disposition prévoyant que le juge du Tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut entendre les parties en chambre du conseil et statuer en audience publique. En l'espèce, la situation litigieuse entre une partie des actionnaires et l'organe de gestion de la société est susceptible de porter sur des informations confidentielles dont la prise de connaissance par le public risquerait de causer un préjudice irréversible à la société et/ou aux associés. A défaut de précision dans le texte de l'article 154 que les plaidoiries soient secrètes (au sens de l'article 185<sup>64</sup> du Nouveau Code de Procédure Civile), le juge des référés devra délibérer spécialement sur le point de savoir si la publicité des débats cause un inconvénient grave et doit en informer le procureur d'Etat. Cette procédure n'est certainement pas de nature à accélérer la procédure de référé.

Le professeur CORBIAU, dans ses travaux d'avant-projet avait précisément prévu cette procédure secrète en chambre du conseil afin de sauvegarder l'intérêt général de la société et de prévenir toute divulgation de renseignements commerciaux ou techniques ou de procédés industriels que la société peut avoir intérêt à cacher à ses concurrents.

La nouvelle disposition ne fait état d'aucun moyen de protection de l'intérêt général de la société, mais préconise juste qu'un large nombre d'associés puisse intervenir auprès de l'organe de gestion afin d'avoir des informations sur les opérations de gestion. Elle essaie donc d'introduire une certaine transparence qui est importante pour les associés, mais qui peut malheureusement être contraire à l'intérêt général de la société.

Par ailleurs, la compétence du juge des référés dépend du critère d'urgence de la situation. En effet, lorsque la société dispose d'organes sociétaires qui sont parfaitement en mesure de fonctionner, l'urgence reste le critère pour déterminer la compétence du juge des référés. Il incombe au demandeur, donc aux minoritaires, de démontrer dans une pareille hypothèse que la non-intervention du juge des référés produirait des suites irréparables pour la société.<sup>65</sup>

CORBIAU, de son côté, avait insisté lors des travaux préparatoires de l'article 154 de la LSC sur le fait „qu'on ne pouvait, en effet, se risquer de livrer la société à l'anarchie et sans l'exposer à de sérieux dangers, autoriser chaque individualité à venir s'insinuer dans l'intimité de la vie sociale et en pénétrer tous les secrets. Force est aux intéressés, pour cette investigation de détails, de s'en rapporter à la vigilance et à la sagacité des commissaires, précisément préposés par eux à la surveillance régulière de la gestion sociale“. Par la version ancienne de l'article, CORBIAU voulait éviter un nouvel

64 **Art. 185 du NCPC:** „Les plaidoiries seront publiques, excepté dans les cas où la loi ordonne qu'elles seront secrètes. Pourra cependant le tribunal ordonner qu'elles se feront à huis clos, si la discussion publique devait entraîner un scandale ou des inconvénients graves: mais, dans ce cas, le tribunal sera tenu d'en délibérer, et de rendre compte de sa délibération au procureur général d'Etat près la Cour supérieure de justice; et si la cause est pendante dans un tribunal d'appel, au grand-juge Ministre de la justice.“

65 EDON Nico, Premier Substitut (Luxembourg): L'intervention du juge des référés dans la vie des sociétés.

écueil et sauvegarder les droits des minorités éventuellement sacrifiés ou ayant de justes motifs de défiance. L'ancienne disposition accordait aux minoritaires un droit spécial de vérification par des commissaires spéciaux, droit préservatif des excès de l'individualisme, en même temps que correctif des abus de pouvoir du grand nombre.<sup>66</sup> Par ailleurs, CORBIAU avait clairement dit dans son commentaire, qu'il fallait éviter que cette vérification serve à favoriser ou satisfaire des caprices de quelques personnalités, et a donc subordonné la demande à la condition qu'elle soit introduite par des associés (donc un groupe, et non un associé seul) représentant un cinquième au moins du capital social. Il s'agit là donc d'une fraction notable de l'intérêt commun qu'est visée.

Finalement, CORBIAU avait clairement défini qu'à la base de toute demande, il fallait qu'on se trouve dans des circonstances exceptionnelles afin d'empêcher toute imprudence.

La Chambre de Commerce estime que les auteurs devraient prendre en compte les réflexions ci-dessus et remanier l'article de sorte à ce qu'aussi bien la transparence recherchée, que l'intérêt général de la société soient respectés. Par ailleurs, elle doit souligner que le rôle de l'expert changera fondamentalement dans ce nouveau système. Etant donné que les experts nommés devront présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion, ils ne contrôleront plus la simple régularité des comptes, mais se prononceront sur l'opportunité d'une opération.

#### *Concernant l'article 157*

La nouvelle version de l'article 157 introduit entre autre un régime de prescription de six mois pour les actions en nullité d'actes ou de délibérations prises postérieurement à la constitution de la société. Ce délai est relativement court, mais la Chambre de Commerce, dans un esprit de gestion efficace de la société et de ses litiges, approuve ce délai. En effet, un délai plus long mettrait en danger la bonne marche de la société: il faut éviter à tout prix qu'une décision soit mise en question sur une trop longue période, ce d'autant plus qu'elle entraînera un effet rétroactif.

#### *Des sociétés à responsabilité limitée*

##### *Concernant l'article 179 (non modifié)*

Dès lors que le nombre des associés d'une SARL n'est plus limité<sup>67</sup>, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il n'y a plus lieu de mentionner au présent article que les sociétés à responsabilité limitée ont des associés „en nombre limité“.

##### *Concernant l'article 181*

La Chambre de Commerce note la suppression à l'article 181 du seuil maximal de quarante associés pour procéder à la constitution d'une SARL. Elle approuve cette suppression dans son principe, car elle permettra d'adopter la forme de la SARL à des entreprises de plus grande envergure. Même si cette possibilité la rapproche de plus en plus de la SA, la place luxembourgeoise demande un tel retrait de formalisme.

Le Code belge des sociétés ne connaît pas non plus de nombre maximum d'associés pour la société privée à responsabilité limitée. En revanche, le droit des sociétés français connaît un nombre maximum de cent associés<sup>68</sup>.

La Chambre de Commerce regrette que ce rapprochement de la SARL à la SA ne fasse l'objet d'aucun commentaire ou d'une explication justificative dans l'exposé des motifs ou le commentaire des articles.

##### *Concernant l'article 182*

La Chambre de Commerce note que le montant minimal du capital social de la SARL n'a pas été changé par les auteurs. Il est vrai que le montant de 12.394,68 euros est relativement faible, comparé à notre voisin belge où le capital social doit être au moins de 18.550 euros<sup>69</sup>, libéré à hauteur de 6.200 euros<sup>70</sup>.

66 Des sociétés commerciales, avant-projet de loi élaboré par Jean CORBIAU, Imprimerie Bück 1905, p. 364.

67 Cf. Article 181 du présent Projet, dont la version nouvelle ne comprend plus la limitation de la SARL à 40 associés.

68 Article L. 223-3 du Code de commerce français.

69 Article 214 Code belge des sociétés.

70 Article 223 Code belge des sociétés.

En revanche, en France, le montant du capital social est fixé par les statuts sans que la loi n'en impose un minimum<sup>71</sup>.

En Allemagne, le capital social d'une „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ („GmbH“) se monte au moins à 25.000 euros<sup>72</sup>.

La Chambre de Commerce renvoie par ailleurs à son commentaire de l'article 26 concernant le capital social des SA et est d'avis qu'un chiffre rond pour le capital social de la SARL aurait été de bonne augure.

Est pareillement resté inchangé, l'obligation d'égale valeur des parts sociales dans la SARL, alors que cette obligation a été supprimée pour les SA. La Chambre de Commerce se demande pourquoi les auteurs n'ont pas prévu ce changement dans le Projet.

L'article 182 permet l'émission de parts bénéficiaires aux SARL. En vertu du commentaire des articles, le texte proposé est inspiré de l'article 37 paragraphe (1) alinéa 2 de la LSC qui prévoit cette technique pour les SA. La seule différence est que les parts bénéficiaires de la SARL doivent nécessairement revêtir la forme nominative. Ce caractère nominatif est justifié par le commentaire des articles par la circonstance que la SARL est une société de personnes où les parts d'associés sont nécessairement nominatives. La Chambre de Commerce pense que cet argument ne semble guère pertinent, car la SARL est généralement rangée par la doctrine non pas parmi les sociétés de personnes, mais parmi les sociétés hybrides<sup>73</sup>. D'autre part, le parallèle avec les associés des SARL n'est pas non plus de mise, étant donné que les porteurs de parts bénéficiaires ne sont pas à considérer comme des associés.

Malgré tout, la Chambre de Commerce salue ce nouvel instrument financier qui est ainsi mis à la disposition des SARL. La SARL luxembourgeoise offre ainsi une plus grande flexibilité que la SARL belge, pour laquelle l'émission de parts bénéficiaires non représentatives du capital social est interdite<sup>74</sup>.

#### *Concernant l'article 182bis*

L'article 182bis introduit la possibilité pour les SARL d'émettre des parts privilégiées sans droit de vote. Le texte est inspiré à la fois des articles 44 et suivants de la LSC et de l'article 240 du Code belge des sociétés. Le présent article se distingue cependant sur certains points de ses deux sources d'inspiration.

Le régime proposé est plus libéral que celui de la SA luxembourgeoise, où les actions sans droit de vote ne peuvent représenter pas plus de la moitié du capital social<sup>75</sup>, et que celui de la SARL belge, dont les parts sans droit de vote ne peuvent représenter plus d'un tiers du capital social.

Le régime déroge encore dans un sens libéral à celui de la SA, en ce que les statuts de la SARL peuvent aménager le droit à un dividende privilégié ainsi que les conditions de sa récupération.

Dans l'alinéa 2 traitant des dividendes privilégiés, il convient d'ajouter que le dividende privilégié doit correspondre à un pourcentage de la valeur nominale des parts **ou de leur pair comptable**. En effet, en vertu de la loi du 21 décembre 2006<sup>76</sup>, les parts sociales peuvent désormais être émises avec ou sans mention de valeur.

Le paragraphe (3) énonce les cas de figure dans lesquels les titulaires de parts bénéficiaires récupèrent leur droit de vote. Le présent paragraphe énonce *expressis verbis* qu'il est impossible de déroger statutairement à ce droit de vote (le libellé semble inspiré de l'article 240 du Code belge des sociétés), précision qui n'est pourtant pas énoncée par l'article 46 LSC dont le présent article est inspiré. Dans un souci de cohérence juridique, la Chambre de Commerce se pose la question s'il n'est pas conseillé d'adopter dans les articles 182bis et 46 de la LSC la même terminologie.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce relève qu'au paragraphe (3) alinéa 3 il faut remplacer „titulaires des parts“ par „porteurs de parts“.

71 Article L. 223-2 du Code de Commerce français.

72 § 5 GmbH Gesetz.

73 En ce sens notamment: Alain STEICHEN, Précis de Droit des sociétés, Editions saint-paul, 2006, 1ère édition, page 561.

74 Article 232 du Code belge des sociétés.

75 Article 44 LSC.

76 Loi du 21 décembre 2006 portant modification de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (Mém. A No 228 du 27 décembre 2006).

La Chambre de Commerce relève encore une incohérence entre le commentaire des articles et le texte du Projet: le commentaire énonce en effet que certains cas dans lesquels les porteurs d'actions sans droit de vote disposent d'un droit de vote visés sous l'article 46 de la LSC, comme la modification de l'objet social, la dissolution anticipée ou la transformation de la société, n'ont pas été repris dans l'article 182bis. Or, l'article lui-même énonce bien ces cas. Il n'existe d'ailleurs aucune raison d'exclure le droit de vote dans ces cas de modifications touchant à l'essence même de la SARL.

Le paragraphe (4) traite de la conversion de parts ordinaires déjà émises en parts sans droit de vote. En vertu du commentaire des articles, le régime est inspiré de l'article 241 du Code belge des sociétés. La Chambre de Commerce approuve cette possibilité dans son principe. Elle trouve toutefois regrettable que le commentaire des articles reste muet sur la question de savoir pourquoi les auteurs ne se sont pas inspirés de l'article 45 (3) de la LSC concernant la SA.

Le régime de la SA déroge sur les points suivants de celui prévu pour la SARL: dans la SA, les statuts ne peuvent pas autoriser les organes de gestion à déterminer le nombre maximum des parts à convertir et à fixer les conditions de conversion. L'article 45 (3) adopte légèrement une autre terminologie que l'article 182bis (4), sans que cette terminologie ne soit motivée par des spécificités tenant à la SARL. Les différences se présentent synoptiquement comme suit:

<i>Société anonyme</i>	<i>Société à responsabilité limitée</i>
L'offre de conversion <u>est</u> faite ...	L'offre de conversion <u>doit être</u> faite.
... <u>et à</u> proportion de leur part dans le capital social	... <u>en</u> proportion de leur part dans le capital social
Le délai de souscription ne <u>peut être inférieur à trente jours à partir de l'ouverture de la souscription</u>	Ce délai est ... au moins d' <u>un mois</u>

Dans un souci de cohérence juridique, la Chambre de Commerce suggère de rapprocher l'article 182bis autant que possible de l'article 45 (3). Il s'avère en effet plus facile pour les praticiens de ne connaître qu'un seul régime de conversion des parts, respectivement d'actions sans droit de vote.

#### *Concernant l'article 183*

Cet article règle les conditions de fond pour la constitution d'une SARL.

En vertu du commentaire des articles, l'article 183 du Projet est modifié afin d'obliger le notaire instrumentant de procéder au même contrôle que celui auquel il s'adonne lors de la constitution de la SA (article 26 (2)):

- Contrôle de l'existence d'un rapport d'évaluation des apports en nature par un réviseur (article 26-1 LSC);
- Contrôle que le capital social est constitué par des éléments d'actifs susceptibles d'évaluation économique (article 26-3 de la LSC); et
- Interdiction d'émettre les actions en dessous de leur valeur nominale ou du pair comptable (article 26-5 LSC).

Cette extension du contrôle du notaire dans les SARL ne se retrouve ni dans le droit belge, ni dans le droit français. Ces nouvelles diligences à effectuer par le notaire instaureront un véritable contrôle sur l'existence et la libération du capital social. Elles supprimeront une divergence dans les diligences effectuées par le notaire lors de la constitution d'une SARL (dans l'état actuel des textes ce contrôle est, du moins en théorie, fort limité) et lors de la création d'une SA, divergence qui ne se laissait guère justifier, ni d'un point de vue économique, ni d'un point de vue juridique. Ces nouvelles diligences du notaire assureront une meilleure protection des créanciers. La Chambre de Commerce souligne cependant que ce contrôle engendrera aussi des coûts supplémentaires pour les constituants.

Elle mentionne aussi que le texte de l'article du Projet ne correspond pas à la volonté exprimée par les auteurs dans le commentaire des articles: l'article 183 (2) oblige le notaire de contrôler l'existence des conditions de l'article 184 1er alinéa. Or, l'article 184 ne comporte pas de tel alinéa, mais comporte un paragraphe (1).

A supposer même qu'il ne s'agirait que d'une erreur matérielle et qu'il conviendrait de lire à l'article 183 (2) „*article 184 paragraphe (1)*“, le but énoncé par le commentaire des articles ne serait toujours pas atteint, étant donné que:

- l'obligation de faire évaluer les apports en nature à une SARL par un réviseur est traitée par l'article 184 paragraphe (3), alinéa 2 (soit le pendant de l'article 26-1 LSC);
- l'article 184 paragraphe (2) traite de l'obligation que les apports en nature doivent être susceptibles d'évaluation économique (soit le pendant de l'article 26-3);
- l'article 26-5 LSC ne connaît pas de pendant pour la SARL.

L'article 183 (3) est inspiré de l'article L. 223-7 du Code de commerce français et permettra de procéder à des apports en industrie dans les SARL. En France, jusqu'à la loi NRE<sup>77</sup> du 15 mai 2001, les apports en industrie ne pouvaient *en principe* pas être faits dans une SARL. En effet, vu que ces apports en industrie ont un caractère successif, cela n'allait pas de pair avec le fait que le capital devait être libéré immédiatement.

Désormais, les apports en numéraire doivent seulement être libérés d'un cinquième de leur montant à la constitution, et le surplus peut être libéré en une ou plusieurs fois sur décision du gérant dans un délai maximum de cinq ans à compter de l'immatriculation de la société au registre de commerce et des sociétés. En ce qui concerne les apports en industrie, le législateur français a prévu qu'il appartient aux statuts de la SARL de déterminer les modalités de la souscription de parts sociales en industrie.

#### *Concernant l'article 184*

La Chambre de Commerce se permet de renvoyer également à ses commentaires faits sous l'article 183 de la LSC.

Le premier paragraphe de l'article 184 énonce dorénavant clairement le contenu de l'acte de société<sup>78</sup> de la SARL. La Chambre de Commerce salue cette modification, qui contribue à une lecture plus aisée de la LSC. Elle suggère de profiter de l'occasion afin de supprimer quelques incohérences et maladresses rédactionnelles dans le texte.

Au point 1) elle propose l'amélioration rédactionnelle suivante:

*„1) l'identité de la ou des personnes physiques ou morales qui ont signé l'acte ou au nom de laquelle ou desquelles il a été signé;“*

Au point 5), on relève que les auteurs du Projet ne reprennent pas les dispositions de la SA relatives au **capital autorisé**. Il résulte clairement du commentaire des articles que la SARL ne peut pas recourir à la technique du capital autorisé. La Chambre de Commerce et ses ressortissants pensent cependant que le capital autorisé pourrait constituer un avantage pour la SARL, et préconise que les auteurs l'intègrent dans la LSC.

Le point 6) du paragraphe (1) consacre la possibilité de créer des catégories de parts. La Chambre de Commerce salue cette modification, qui met fin à un silence regrettable de la LSC. La possibilité de créer de telles catégories reste cependant limitée par la circonstance que les parts doivent être d'égale valeur (article 182 LSC). La possibilité de créer plusieurs catégories de parts facilite la structuration du capital social. Afin d'éviter une possible confusion entre les parts sociales et les parts bénéficiaires, il est proposé de modifier la disposition comme suit:

*„6) les catégories de parts **représentatives du capital social**, lorsqu'il en existe plusieurs, les droits afférents à chacune de ces catégories et le nombre des parts souscrites;“*

La Chambre de Commerce s'interroge sur le caractère désuet du point 12) qui dit que „*le montant, au moins approximatif, des frais, dépenses et rémunérations ou charges, sous quelque forme que ce soit, qui incombent à la société ou qui sont mis à sa charge en raison de sa constitution*“.

En effet, la motivation de cette disposition date de 1915, et n'est plus conforme à l'usage qui en est actuellement fait. En pratique, dans la quasi-totalité des cas, l'estimation ne contient que les notes d'honoraires des notaires. La Chambre de Commerce propose de limiter l'information aux frais notariés: „*le montant, au moins approximatif, des droits, frais, dépenses et honoraires, qui sont mis à la*

<sup>77</sup> NRE: Nouvelles Régulations Economiques.

<sup>78</sup> „Le législateur luxembourgeois utilise les expressions „acte de société“ et „statuts“ sans spécifier la différence entre les deux expressions.“ (Me DELVAUX dans son cours sur les sociétés) Par acte de société il faut comprendre tout acte instaurant les statuts de la société et tous actes modificatifs de ceux-ci.

*charge de la société par le notaire chargé d'instrumenter l'acte de constitution*“ ou d'indiquer plus clairement que „*le montant, au moins approximatif, de tous les frais, dépenses et rémunérations ou charges, sous quelque forme que ce soit, résultant de l'acte notarié et de tous devoirs préliminaires et ultérieurs de quelque nature qu'ils soient, qui incombent (...)*“.

Dans le paragraphe (3) de l'article 184, le Projet aligne le régime de la libération des apports en nature faits à la SARL sur celui de la SA (article 32-1). Alors qu'à l'heure actuelle, les apports en nature à des SARL doivent être libérés au moment de la constitution de la société, le Projet permet de différer cette libération pendant au maximum cinq ans. Le commentaire des articles justifie cette mesure par la volonté de s'inspirer de la solution retenue pour la SA, sans donner d'explications concrètes. Pourtant, tant en droit français qu'en droit belge, la libération des parts des SARL souscrites moyennant apports en nature, doit être totale et immédiate, alors qu'elle ne doit l'être que partiellement en cas d'apports en numéraire.

Dans la mesure où l'exigence de libération immédiate n'est que partielle, il permet le recours à des apports en nature divisibles, dont la transmission effective peut se faire progressivement. Pour éviter les abus, un délai maximum est donc prévu.

La SARL au Grand-Duché de Luxembourg prévoit néanmoins une libération intégrale immédiate des parts sociales au moment de la constitution (article 183 3° de la LSC), alors que le paragraphe (3) de l'article 184 dispose que les apports en nature doivent être libérés dans un délai de cinq ans à partir du moment de la constitution. Il est ainsi en contradiction avec l'article 183 3°, qui exige une libération immédiate de toutes les parts sociales au moment de la constitution.

La Chambre de Commerce est d'avis que les auteurs devraient préconiser la solution française dans son intégralité. Le texte tel que retenu dans le Projet actuel est inopportun dans le cadre du système luxembourgeois actuellement applicable. Par ailleurs, le Chambre de Commerce se pose la question, s'il ne serait pas opportun de préciser l'exigence de libération de la prime d'émission, comme il a été fait en matière de SA.

Suite aux raisonnements détaillés ci-dessus, la Chambre de Commerce propose que l'alinéa 3 prenne la tournure suivante: „*Les parts émises en contrepartie d'apports en nature et, si elle est prévue, le montant de la prime d'émission, doivent être immédiatement libérés.*“

En outre, le Projet exige dorénavant l'établissement d'un rapport d'évaluation sur ces apports en nature à établir par un réviseur d'entreprises. Le régime énoncé par le Projet s'aligne sur celui applicable aux SA, également en ce qui concerne les conditions d'exonération de l'établissement d'un rapport d'évaluation. Cette solution ainsi retenue, qui n'est pas plus amplement discutée dans le commentaire des articles, engendrera des coûts supplémentaires non négligeables pour la SARL, aussi bien lors de la constitution, que lors de toute augmentation du capital social. Le rapport du réviseur deviendrait donc dorénavant une obligation légale lors de la constitution ou de l'augmentation de capital, si des apports en nature sont faits.

Il est vrai que le droit belge exige lui aussi un tel rapport (article 226 3° du Code des sociétés). Cependant, la Chambre de Commerce préconise une certaine souplesse.

Elle ne peut que supposer les motivations des auteurs du Projet pour introduire un tel rapport d'évaluation économique. Il est vrai qu'il constitue un élément de protection des créanciers et des associés de la société. Cette protection n'est toutefois que fort relative: il n'empêche en effet pas la société, une fois constituée, de dilapider les avoirs sociaux le lendemain de la constitution. Il faut laisser subsister certaines différences entre la SA et la SARL.

Aux alinéas 3 et 4 du paragraphe (3) de l'article 184, il y a lieu d'ajouter que les alinéas 2 et 3 ne sont pas applicables lorsque 90% de la valeur nominale **ou du pair comptable** (si les parts sont émises sans mention de valeur) sont émis en contrepartie d'apports faits par une ou plusieurs sociétés. La même remarque vaut *mutatis mutandis* à l'encontre du point (1) c) du paragraphe (3).

La Chambre de Commerce se permet de rappeler aux auteurs du Projet qu'en vertu de la loi du 21 décembre 2006, les parts sociales peuvent être émises avec ou sans mention de valeur.

Au cas où le paragraphe (3) est maintenu dans sa version actuelle, la Chambre de Commerce propose les améliorations rédactionnelles suivantes au premier alinéa:

*„Les apports en nature font l'objet d'un rapport établi préalablement à la constitution de la société par un réviseur d'entreprises désigné par le ou les fondateurs parmi les membres de l'Institut*

*des réviseurs d'entreprises. Le rapport demeurera annexé à l'acte de société dans lequel ses conclusions seront intégralement reproduites.*

*(...) Les alinéas 2 et 3 ne sont pas applicables lorsque 90% de la valeur nominale ou du pair comptable de toutes les parts sont émis en contrepartie d'apports en nature faits par une ou plusieurs sociétés et que les conditions suivantes sont remplies:*

*(...)*

*c) (...) et dont le montant est au moins égal à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable des parts émises (...).“*

En ce qui concerne le paragraphe (4) de cet article, le point 2° devrait être changé en mentionnant la prime d'émission: „(...) *la libération effective des parts sociales et de la prime d'émission (...)*“.

#### *Concernant l'article 185bis*

L'article 185bis règle utilement le sort des parts qui ont plusieurs propriétaires, notamment en cas d'indivision ou de démembrement de propriété, pour énoncer que le droit de vote y afférent est suspendu. En revanche, le droit à l'information est maintenu.

Le Projet renvoie à l'article 73 de la LSC qui ne traite pourtant que du droit à l'information des actionnaires d'une SA. De l'avis de la Chambre de Commerce, il ne peut s'agir que d'une erreur matérielle, le renvoi exact étant celui à l'article 198 de la LSC concernant les SARL.

#### *Concernant l'article 187*

Tout comme la SA, la SARL pourra dorénavant recourir à l'emploi de la mention „société à responsabilité limitée“ en toutes lettres ou au sigle „SARL“ pour désigner sa forme sociétaire. La Chambre de Commerce se pose cependant la question pourquoi le texte de l'article 187, qui se base sur celui des SA (article 76 LSC), ne reprend pas la même tournure que l'article 76 LSC.

La Chambre de Commerce propose de changer l'article de la sorte: „(...) 2) *la mention „société à responsabilité limitée“ en toutes lettres ou le sigle „SARL“, reproduit lisiblement, placé immédiatement avant ou après la dénomination sociale.*“

La Chambre de Commerce s'interroge si la mention du capital social a un quelconque sens juridique. Cette mention n'est pas exigée pour les SA, pour lesquelles la responsabilité des associés est, tout comme celle des associés de la SARL, limitée à leurs apports. La Chambre de Commerce en propose la suppression.

#### *Concernant l'article 188*

Les auteurs du présent Projet ont décidé de lever l'interdiction pour les SARL de recourir à l'émission publique d'obligations. En effet, seul reste défendue l'émission publique de parts sociales pour les SARL. Elle peut également procéder à des émissions d'obligations convertibles ou munies d'un droit de souscription, si les obligataires ont fait l'objet d'un agrément, tel que prévu dans le présent article.

En Belgique, l'article 243 du Code belge des sociétés indique que les sociétés privées à responsabilité limitée peuvent contracter des emprunts par voie d'émission d'obligations nominatives. L'article indique également que la valeur des obligations ne peut être inférieure à 25 euros, à moins qu'elle ne soit libellée en monnaie étrangère. Il est donc interdit d'émettre des obligations à ordre ou au porteur ou des obligations convertibles en parts sociales. En Belgique, cette possibilité existe depuis 1991. Auparavant, une telle émission n'était pas envisageable à cause du caractère fermé de la SPRL. Il fût toutefois admis que, non seulement cette interdiction constituait un désavantage pour la SPRL, qui ne pouvait recevoir de financement qu'en passage obligé auprès d'une institution financière, passage pour la plupart du temps lourd en investissement de temps et d'argent, mais qu'en outre l'émission d'obligations nominatives, si elle n'ôtait rien au caractère privé et fermé de la SPRL, lui permettait d'avoir recours à un nouvel instrument de gestion sans contrarier l'interdiction de faire publiquement appel à l'épargne.

#### *Concernant l'article 189*

Tout d'abord, la Chambre de Commerce formule certains commentaires quant à la forme et la terminologie de l'article. Dans l'alinéa (1) de cet article, les auteurs du Projet énoncent que „*La même*



*règle s'applique (...)*. Etant donné que ce terme ne renvoie pas seulement à une règle, mais à tout le paragraphe qui précède, il convient plutôt de dire *„Les mêmes dispositions s'appliquent (...)“*.

Par ailleurs, il convient de remplacer les termes de *„propriétaires de parts sociales“* par *„associés“*.

Quant au fond, les auteurs du présent Projet ont *„décidé de maintenir l'exigence de la tenue d'une assemblée générale dans la mesure où la SARL étant une société présentant un intuitu personae marqué, il s'agit de rendre les associés attentifs à l'importance des décisions à prendre en l'occurrence.“*

L'argumentaire n'est guère convaincant. En effet, en supprimant l'obligation d'un nombre maximum d'associés dans une SARL et en rapprochant considérablement le régime de la SARL de celui de la SA (notamment sur la possibilité d'émettre des parts bénéficiaires et des titres sans droit de vote, dont la souscription est imprégnée davantage par l'idée capitaliste de bénéfice que par celle de la confiance inspirée par les autres associés), l'intuitu personae de la SARL est fortement réduit. Les SARL disposent souvent d'un actionnariat éparpillé à travers le monde entier. Les transferts de parts doivent pouvoir se réaliser de manière rapide et aisée. Il paraît dès lors suranné d'exiger la tenue d'une assemblée générale des associés pour un changement d'associé.

En Belgique, l'article 249 d Code belge des sociétés parle de la cession de parts d'associés entre vifs ou de la transmission pour cause de mort. Sauf dispositions plus restrictives dans les statuts, et sous peine de nullité, les parts ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de la moitié au moins des associés, possédant les trois quarts au moins du capital, déduction faite des droits dont la cession est proposée. Cet agrément n'est pas nécessaire si les parts sont cédées ou transmises à un autre associé, au conjoint du cédant ou du testateur, à des ascendants ou descendants en ligne directe ou à d'autres personnes agréées dans les statuts. Quant à la manière dont doit être donné cet agrément, aucune condition n'a été envisagée dans le code. Il faut supposer la convocation d'une assemblée générale, mais ce n'est pas obligatoire. Il n'y a donc pas d'obligation légale de tenir une assemblée générale, mais seule l'obligation de respecter les conditions de majorité requises pour l'agrément.

En France, la cession de parts d'associés à un tiers étranger à la société est régie à l'article L. 223-14. Cet article a instauré une lourde procédure qui est cependant équilibrée et qui permet de concilier le caractère fermé de la SARL avec l'idée que le cédant ne doit pas rester prisonnier de son titre dès lors qu'il a trouvé un acquéreur. Pour cette cession faisant entrer un nouvel associé dans la SARL, un agrément est indispensable. Il doit être donné par la majorité des associés, représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte.

Lorsque la société comporte plus d'un associé, le projet de cession est notifié à la société et à chacun des associés. Si la société n'a pas fait connaître sa décision dans le délai de trois mois à compter de la dernière des notifications prévues au présent alinéa, le consentement à la cession est réputé acquis.

La solution retenue dans le Projet semble très restrictive pour la Chambre de Commerce.

En ce qui concerne la disposition du paragraphe (1) qui déclare que les statuts peuvent réduire la majorité d'agrément, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il est regrettable que le commentaire des articles ne commente pas une modification aussi importante.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce est d'avis que si le Projet parle du conjoint, il devrait également parler du partenaire au sens de la loi du 9 juillet 2004 sur les effets légaux de certains partenariats (PACS).

Le paragraphe (4) interdit toute clause contraire aux dispositions de l'article 189 LSC. Si la Chambre de Commerce est déjà fort réticente à laisser au juge des référés le soin de fixer le prix de cession des parts, elle regrette que cette clause interdise des clauses d'arbitrage en vue de confier à des arbitres la fixation du prix. La technique de l'arbitrage assure cependant la discrétion nécessaire à certaines transactions et la certitude d'un prix fixé par des professionnels.

#### *Concernant les articles 190bis à 190sexies*

La Chambre de Commerce n'a pas de commentaires spécifiques quant à ces dispositions.

#### *Concernant l'article 190septies*

La Chambre de Commerce est d'avis que pour des raisons de cohérence entre le présent Projet et le projet de loi No 5829 relative aux fusions transfrontalières, l'article 190septies devrait être revu par les auteurs.

En effet, il résulte du projet de loi sur les fusions transfrontalières que l'interdiction de principe imposée aux sociétés d'avancer des fonds, d'accorder des prêts ou de donner des sûretés en vue de l'acquisition de leurs propres parts est levée. De la même manière, il convient de lever cette interdiction pour les SARL pour l'acquisition des parts par un tiers. Etant donné que l'actuel article est inspiré de l'article 49-6 de la LSC dans sa version actuelle, il s'avère nécessaire d'être cohérent.

#### *Concernant l'article 191*

La Chambre de Commerce renvoie à ses commentaires relatifs à l'article 51bis qui valent *mutatis mutandis*.

#### *Concernant l'article 191bis*

Cet article traite des collèges de gérance, de la gestion journalière et du comité de direction dans les SARL. Le Projet supprime la possibilité d'aménager statutairement les pouvoirs des gérants. S'il est vrai que de telles limitations des pouvoirs sont inopposables aux tiers, il n'empêche qu'un gérant qui outrepasserait ses pouvoirs violerait de ce fait les statuts et pourrait en être tenu responsable par la société (article 59 de la LSC). La Chambre de Commerce regrette que cette possibilité de cantonner les gérants ait été supprimée.

Le paragraphe (1) consacre la possibilité de créer un collège de gérants. La Chambre de Commerce approuve cette consécration législative. Selon Malherbe „*même si un collège de gestion a été créé, chaque gérant a le pouvoir de gestion vis-à-vis des tiers, alors qu'un administrateur agissant individuellement ne l'aurait pas dans une société anonyme*“.

Le paragraphe (3) permet le recours aux moyens de communication modernes pour tenir des collèges de gestion. Il est inspiré de l'article 64bis de la LSC applicable aux SA. Afin d'éviter des applications pratiques et/ou jurisprudentielles divergentes, la Chambre de Commerce suggère d'adopter pour les deux articles la même terminologie dans la première phrase *in fine*: soit celle employée par le présent article („*des moyens de communication à distance*“), soit celle de l'article 64bis première phrase *in fine* („*par visioconférence ou par des moyens de communication permettant leur identification.*“). C'est la dernière formulation qui semble a priori la plus pertinente, étant donné qu'elle insiste sur la nécessité d'identification. Cet élément d'identification manque à l'article 191bis (3).

Le paragraphe (4) permet la nomination d'un délégué à la gestion journalière et transpose à la SARL l'article 60 de la LSC traitant du délégué à la gestion journalière dans la SA. Le paragraphe ne donne pas lieu à commentaire.

Le paragraphe (5) permet la création d'un comité de direction dans les SARL. La Chambre de Commerce renvoie à ses commentaires relatifs à l'article 60-1 de la LSC concernant les SA.

En ce qui concerne le paragraphe (6), la Chambre de Commerce propose de modifier les termes „*par les membres du comité de direction*“ par „*le comité de direction*“. En effet, il sera plus aisé de savoir qui doit réellement agir, car en parlant „des membres“ on doit se poser la question s'il s'agit des membres pris individuellement ou de l'ensemble des membres.

#### *Concernant l'article 192*

Le régime de responsabilité des mandataires de l'article 59 de la LSC est étendu aux membres du comité de direction. L'article ne donne pas lieu à commentaire.

#### *Concernant l'article 195bis*

L'article 195bis énonce les conditions de validité des conventions de vote. Elles sont identiques à celles retenues pour les conventions de vote dans une SA. La Chambre de Commerce renvoie à ses développements faits sous l'article 67bis de la LSC.

#### *Concernant l'article 196*

Cet article parle de la tenue des assemblées générales dans les SARL.

Le paragraphe (2) de cet article prévoit la possibilité de tenue de l'assemblée générale par le biais de la visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant l'identification des associés, en exigeant cependant la présence physique d'un associé (ou son mandataire) au siège de la société. Dans les SA, l'article 67 de la LSC ne prévoit pas la présence de l'actionnaire ou de son mandataire

au siège social de la SA, mais seulement une présence physique au Luxembourg. La Chambre de Commerce relève les commentaires qu'elle a faits sur cette divergence sous l'article 67 de la LSC.

L'exigence de présence au siège social de la SARL obéit à des soucis d'ancrage de la société au Grand-Duché de Luxembourg et permet également d'assurer une certaine substance à la société.

Contrairement à la SA, le Projet n'introduit pas l'obligation de tenir une liste de présence. La Chambre de Commerce se pose la question si cette obligation a été laissée de côté de manière délibérée et fondée, ou si on est simplement en présence d'un oubli de la part des auteurs. Elle pense que l'introduction de l'obligation d'une liste de présence pour les SARL constituerait une bonne initiative, car toutes les parts sont nominatives et on peut donc facilement vérifier les quorums de présence.

La même observation doit se faire quant à la possibilité de limiter le nombre de voix de chaque associé comme prévu pour les SA à l'article 71 de la LSC.

#### *Concernant l'article 196bis*

Le dernier alinéa de cet article mérite une clarification rédactionnelle quant au champ d'application des termes „*les limitations résultant de l'article 196 paragraphe (4)*“. De la construction de la phrase, qui ne traite que des parts bénéficiaires, on peut déduire que les limitations de puissance votale relative à des parts sociales restent en vigueur lors de ce vote. Ce serait cependant traiter les parts bénéficiaires de manière plus favorable que les parts sociales.

#### *Concernant l'article 198*

Cet article est à voir avec les autres articles concernant les droits des usufruitiers et nu-proprétaires.

#### *Concernant l'article 199*

La Chambre de Commerce tient à souligner un problème d'interprétation qui donne lieu à des controverses depuis plus de 94 ans au Grand-Duché de Luxembourg.

En effet, la deuxième phrase de cet article, non modifiée par le présent Projet, dispose que „*toutes autres modifications dans les statuts, sauf stipulations contraires, sont décidées à la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social. Toutefois, dans aucun cas, la majorité ne peut obliger un des associés à augmenter sa part sociale.*“

Selon la Chambre de Commerce, ce texte peut être lu de différentes manières:

En effet, pour qu'une décision modifiant les statuts soit valable, elle doit:

SOIT

1) être prise par des associés qui possèdent au moins trois quarts du capital social, décidant à la majorité simple des voix: il faut plus de votes „pour“ que „contre“ au sein d'une assemblée représentative de 75% du capital social.

SOIT

2) être prise aux conditions cumulatives d'une double majorité: d'une part suivant un vote par tête aboutissant à une approbation de la majorité simple des associés (moitié du nombre plus un), d'autre part et en outre, suivant un scrutin par part débouchant sur un minimum de 75% des votes favorables à la proposition de modification.

SOIT

3) satisfaire préalablement à une condition de représentation du capital: la participation du vote doit réunir des associés possédant ensemble au moins 75% des parts représentatives du capital social (quorum de présence) et la décision doit ensuite être prise suivant un vote par tête aboutissant à une approbation de la majorité simple des associés (moitié du nombre plus un).

SOIT

4) réunir 75% du capital social (quorum de présence) qui devra approuver la décision à l'unanimité.

Ce texte exige donc la réalisation de deux conditions:

- la décision à la majorité des associés (condition de majorité) et
- représentant les trois quarts du capital social (condition de représentation).

La fraction des trois quarts ne concerne pas une règle de majorité, mais elle fixe un minimum de participation du capital à la prise de décision.

Il faut que, dans une réunion d'associés détenant ensemble des parts sociales dont le nombre additionné est supérieur ou égal aux trois quarts du total des parts émises, il y ait plus d'associés votants en faveur de la modification que d'opposants. Ce raisonnement rejoint l'argumentation du respect du caractère hybride de la SARL.

Par ailleurs, dans le texte, le mot „représentant“ se rapporte à „associés“ et non pas à la „majorité“. Cette disposition présente un risque très important de blocage du chef d'une minorité, alors que le contexte de la SARL a bien évolué et que, bien que devant rester hybride, son côté „société de capitaux“ a pris le pas sur celui de „société de personnes“.

La Chambre de Commerce est d'avis que, pour éviter les interprétations diverses, une modification de l'article dans un sens clair et compréhensible serait de mise.

La Chambre de Commerce approuve la possibilité d'autoriser la gérance par disposition statutaire à procéder au changement du siège social à l'intérieur du pays. Il en résulte une réduction des charges administratives occasionnées par l'organisation d'une assemblée des associés. La Chambre de Commerce note par ailleurs que le changement de nationalité des SARL requiert toujours l'unanimité des associés, alors que cette unanimité a été supprimée pour les SA. La suppression dans les SA est motivée „dans la mesure où l'heure est à la mobilité des sociétés“.

#### *Concernant l'article 200-2*

Cet article innove par rapport au droit de nos pays voisins dans le sens qu'il accepte la délégation des pouvoirs accordés à l'associé unique de la SARL. Cette nouveauté semble s'inscrire dans le but de flexibilisation des instruments de gérance et du financement de la SARL.

En droit français, l'article L. 223-31 du Code de commerce interdit formellement à l'associé unique de la EURL („entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée“) de déléguer ses pouvoirs à des tiers. Il doit prendre personnellement ses décisions, sous peine de nullité de la décision prise sur délégation. Cette nullité peut être demandée par toute personne intéressée, donc, à notre avis, également de l'associé auteur de la délégation de pouvoir. Cette interdiction ne s'applique cependant qu'aux décisions qui, dans les SARL pluripersonnelles, relèvent de la compétence d'une assemblée. Elle ne vise pas les délégations de pouvoir que l'associé unique pourrait consentir dans l'exercice de ses fonctions de gérant.

La Belgique prévoit la même interdiction de délégation de pouvoirs de l'associé unique dans son article 267 du Code belge des sociétés: „Il ne peut les déléguer“.

La Chambre de Commerce salue la flexibilité introduite par la possibilité offerte à l'associé unique de déléguer ses pouvoirs. Cependant, elle regrette que les auteurs n'aient pas donné d'explication concrète quant au bien-fondé de cette décision.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce aurait apprécié que les auteurs expliquent pourquoi cette délégation est possible dans les SARL à associé unique, et non pas dans les SA à associé unique, d'autant plus que la délégation de pouvoirs de l'associé unique est également prévue pour les SAS à l'article 101-25 de la LSC.

#### *Concernant l'article 201bis*

La Chambre de Commerce renvoie à ses commentaires faits au sujet de l'article 98bis LSC.

#### *Concernant l'article 201ter*

Toujours à la poursuite de la flexibilisation du fonctionnement de la SARL, les auteurs du Projet ont mis en place des régimes d'exclusion et de retrait des associés dans les SARL. Ces procédures d'exclusion et de retrait sont aussi ouvertes aux détenteurs de parts bénéficiaires puisque le paragraphe (1) de l'article 201bis prévoit que les associés détenant 20% du capital, si la société a émis des titres non représentatifs du capital, peuvent amorcer la procédure d'exclusion. La Chambre de Commerce accueille favorablement cette disposition.

#### *Concernant les transformations de sociétés*

##### *Concernant l'article 308bis-17*

L'article 308bis-17 parle de la „moindre“ surestimation. La Chambre de Commerce demande à ce que cette notion soit supprimée, car elle n'a juridiquement parlé pas de sens.

En ce qui concerne l'article 308bis-17, la Chambre de Commerce constate que le rapport du réviseur n'est prévu qu'à défaut de commissaire aux comptes. La Chambre de Commerce critique le bien-fondé et la nécessité d'un tel rapport.

Si l'obligation d'un tel rapport est malgré tout maintenue, elle estime que ce rapport doit être fait par un professionnel qualifié et indépendant afin de protéger au mieux la société et l'ensemble des parties intéressées à cette transformation.

*Concernant l'article 308bis-21*

L'article 308bis-21 instaure en son paragraphe (1) 2° a) une majorité de principe des trois quarts au moins des voix. Cette majorité est donc plus sévère que la majorité actuellement requise pour transformer une SA en SARL (actuellement elle est des deux tiers des voix).

La Chambre de Commerce estime que dans le paragraphe (1) 1° et 2°, les quorums stipulés par les auteurs devraient être précédés des mots „*au minimum*“.

L'article 308bis-21 (5) énonce les cas de figure dans lesquels l'unanimité des associés est requise pour faire adopter la transformation. Le point 1° vidant une transformation en une société dans laquelle la responsabilité des associés est plus grande que dans une société de capitaux ou une SARL, est parfaitement logique.

Les auteurs omettent cependant de mentionner le cas de figure de la transformation d'une société en SAS prévue par l'article 101-20 de la LSC, qui exige elle aussi l'unanimité de tous les associés. Au cas où cette unanimité serait maintenue, il y aurait lieu de l'ajouter à la liste des cas de figure énumérés à l'article 308bis-21(5).

La Chambre de Commerce regrette par ailleurs que la transformation de la société ne soit pas possible au cours des deux premières années d'existence de la société qu'avec l'accord unanime de tous les associés. Cette exigence, reprise telle quelle du texte de loi belge, n'est pas autrement justifiée par le commentaire des articles. Cette solution est nettement plus sévère que la situation actuelle en droit luxembourgeois qui ne connaît pas cette restriction. La Chambre de Commerce n'y voit pas d'intérêt économique ou juridique. Les intérêts des tiers ne sont nullement entamés par une suppression de cette exigence, étant donné qu'ils bénéficieront de toutes les protections incluses dans le Projet: nécessité pour la direction d'établir un rapport sur l'actif et le passif, rapport du commissaire (ou du réviseur d'entreprises), responsabilité renforcée des associés ou de la direction (selon le type de société), majorité renforcée de l'assemblée des actionnaires approuvant la transformation. Economiquement parlant, la restriction n'ouvre pas droit à l'erreur dans le choix de la structure sociétaire au moment de la constitution, étant donné que la société sera pendant deux ans au moins quasiment prisonnière de sa structure sociétaire, en raison de la quasi-impossibilité de recueillir l'unanimité sur la transformation. La Chambre de Commerce estime qu'il conviendra de faciliter autant que possible (sans pour autant préjudicier les droits des tiers) les transformations de personnes morales et de maintenir un certain degré de flexibilité.

*Concernant l'article 308bis-22*

La Chambre de Commerce s'interroge sur le sens à donner à la parenthèse derrière le mot „nouvelle“ dans le texte de l'article. Est-ce volontaire?

*Concernant l'article 308bis-23*

L'article 308bis-23 impose la forme authentique pour la transformation. La Chambre de Commerce regrette cette disposition. Pourquoi une société civile qui se transformerait en société en nom collectif doit-elle le faire par acte authentique, alors que ni la création de l'une, ni la création de l'autre *ex nihilo* n'aurait imposé cette formalité coûteuse?

La Chambre de Commerce propose d'imposer l'acte authentique que pour la transformation de sociétés dont la constitution et la modification des statuts impose déjà à l'heure actuelle la forme notariée, ainsi que pour les transformations en des types de sociétés qui lors de leur création auraient aussi imposé cette forme.

*Concernant l'article 308bis-24*

La Chambre de Commerce relève que les dispositions relatives au contrôle des apports autres qu'en numéraire ne sont pas applicables à la transformation de certains types de sociétés.

*Concernant les comptes consolidés*

*Concernant l'article 309 (non modifié)*

Dans un souci de sécurité et de transparence juridique, la Chambre de Commerce invite les auteurs du Projet sous avis d'énoncer *expressis verbis* que l'obligation d'établir des comptes consolidés vaut, en application de l'article 101-18, aussi pour les SAS.

Il y aurait par ailleurs lieu de clarifier le sens à donner au renvoi à l'article 204 paragraphes (2) et (3), pourtant abrogé par la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises (...).

**Concernant l'article III.**

De l'avis de la Chambre de Commerce, le Projet dans sa version actuelle n'oblige pas les SAS à déposer ses comptes annuels au registre de commerce et des sociétés. Elle estime en effet que l'article 101-18 de la LSC rendant applicable à la SAS „*les règles concernant les sociétés anonymes*“ ne vise que les règles résultant de la LSC. C'est ce qui résulte implicitement du travail de délimitation des articles de la LSC applicables ou non à la SAS qui est effectué en annexe III du présent Projet. Il est vrai que cet article 101-18 est calqué sur l'article L. 227-1 du Code de commerce français.

En droit français, les règles régissant le dépôt et le dépôt des comptes annuels de la SA sont contenues dans le Code de commerce. Il ne fait dès lors pas de doute que „*les règles concernant les sociétés anonymes*“ visées par l'article L. 227-1 du Code de commerce visent aussi lesdites règles. Il en va autrement en droit luxembourgeois. Les règles de dépôt et de publicité des comptes sont contenues dans la loi du 19 décembre 2002.

Faute de faire une mention expresse à la SAS dans le texte de la loi de 2002, une lecture *stricto sensu* aboutit à la conclusion que:

- les SAS ne doivent jamais préparer de rapport de gestion. (La Chambre de Commerce se réfère également à ses commentaires faits sous l'article 163 2°.)
- le public n'aura pas accès aux comptes annuels de la SAS au Registre de Commerce et des Sociétés (à supposer que la SAS doive les publier). En effet, le Projet n'a pas ajouté la SAS à l'article 77 1<sup>o</sup>79 de la loi du 19 décembre 2002 qui énonce les types de sociétés pour lesquels le public a accès aux comptes.

La Chambre de Commerce arrive à la conclusion suivante:

- Etant donné que l'article 79<sup>80</sup> de ladite loi procède par renvoi à l'article 77 1° pour déterminer les sociétés qui sont obligées de déposer les comptes annuels au registre de commerce et des sociétés dans un certain délai, il résulte d'une application stricte de ces articles que la SAS n'est pas obligée de déposer ses comptes annuels au registre de commerce et des sociétés.
- Les SAS ne doivent jamais faire approuver leurs comptes par un réviseur d'entreprises. Elles ne sont en effet pas visées par l'article 69 (1) a) de la loi du 19 décembre 2002.

La Chambre de Commerce incite les auteurs du Projet à réfléchir si c'est la solution qu'ils voulaient adopter lors de la rédaction du présent Projet.

79 **Art. 77.**– Un règlement grand-ducal détermine les conditions d'accès du public et des administrations aux informations conservées par le Service central de la statistique et des études économiques en application de l'article 76 du présent chapitre et le tarif applicable.

L'accès du public est limité aux comptes annuels des sociétés suivantes:

- 1° les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives;
- 2° les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple lorsque tous leurs associés indéfiniment responsables sont des sociétés telles qu'indiquées à l'article 1er paragraphe (1) premier alinéa de la directive modifiée 78/660/CEE du 25 juillet 1978 ou des sociétés qui ne relèvent pas de la législation d'un Etat membre des Communautés européennes mais qui ont une forme juridique comparable à celles visées dans la directive 68/151/CEE du 9 mars 1968;
- 3° les formes de sociétés visées sous 2° lorsque tous leurs associés indéfiniment responsables sont eux-mêmes organisés dans une des formes indiquées à ce paragraphe ou à l'article 1er paragraphe (1) premier alinéa de la directive modifiée 78/660/CEE.

80 Pour les sociétés visées à l'article 77 alinéa 2 sub 1° à 3°, les comptes annuels régulièrement approuvés et le rapport de gestion ainsi que le rapport établi par la personne chargée du contrôle des comptes doivent être déposés auprès du registre de commerce et des sociétés dans le mois de l'approbation, et au plus tard sept mois après la clôture de l'année sociale, conformément à l'article 9 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Par ailleurs, la Chambre de Commerce demande à ce que les auteurs prennent en compte les dispositions prévues à la loi du 19 mai 2006 portant transposition de la directive 2004/25/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition et plus particulièrement l'article 11 (2) de cette loi en vertu duquel: „*Pour les sociétés dont le siège social est au Luxembourg, les informations visées au paragraphe (1) sont publiées dans le rapport de gestion de la société, prévu à l'article 68 de 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 dans le rapport consolidé de gestion, prévu à l'article 339 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.*“

La Chambre de Commerce conseille donc d'ajouter une référence expresse à l'article 11(2) ci-dessus à l'article 68 de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises, ainsi qu'à l'article 339 de la LSC.

Par ailleurs, l'article 69 de la loi de 2002 est modifié afin de permettre aux petites sociétés de se doter soit d'un réviseur, soit d'un commissaire aux comptes. Il est proposé de profiter de l'occasion pour remplacer la référence à la loi du 6 mai 1974 instituant les comités mixtes dans les entreprises du secteur privé (...) par celles du Code du travail, Titre II, à savoir les articles L. 421-1 et suivants.

#### ***Concernant l'article IV.– Disposition particulière***

L'article IV habilite le Grand-Duc à réunir dans un Code des sociétés les dispositions du Titre IX du Code civil et les dispositions de la LSC.

Si la Chambre de Commerce ne s'oppose pas à une telle oeuvre de codification, elle se doit d'insister sur le strict respect d'une codification à droit constant. La récente codification du Code du travail a, malgré les assurances du respect de ce principe par les auteurs de cette oeuvre, montré que toute oeuvre de codification est périlleuse. La Chambre de Commerce craint en particulier que la possibilité donnée au Grand-Duc d'„*harmoniser les dispositions et d'en accroître la compréhension*“ n'entraînerait des modifications textuelles susceptibles d'entraîner des modifications (non recherchées par les auteurs) quant au fond.

Au cas où une telle oeuvre de codification serait entreprise, la Chambre de Commerce s'interroge si la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises ne devrait pas aussi faire partie de ce code.

D'un point de vue logique, la Chambre de Commerce signale qu'il convient d'ajouter au premier alinéa une référence au Livre III du Code civil.

La Chambre de Commerce s'interroge également sur le sens à donner au terme de „*principes*“ employé au second alinéa, troisième tiret: la LSC énonce des règles plus ou moins contraignantes qui sont soutenues par certains principes, mais ces principes n'y sont pas énoncés *expressis verbis*.

A supposer que la formulation mise actuellement entre parenthèses carrées au point 3° du second alinéa soit maintenue, il convient soit de supprimer lesdites parenthèses, soit de les remplacer par des parenthèses normales.

#### ***Concernant l'article V. – Dispositions transitoires***

L'article V détermine l'application dans le temps de la nouvelle loi aux sociétés antérieurement constituées.

Face au silence du présent Projet, elle entrera en vigueur trois jours francs après sa publication au Mémorial. Cette entrée en vigueur immédiate est justifiée dans le commentaire des articles par la volonté de permettre aux sociétés de bénéficier sans tarder de la nouvelle loi.

La Chambre de Commerce tient toutefois à signaler qu'une application immédiate de la loi ne laissera guère le temps aux praticiens du droit en général et aux promoteurs de sociétés en particulier de se familiariser avec les nouvelles dispositions qui apporteront des changements substantiels aux règles actuellement en vigueur. Le législateur belge avait différé l'entrée en vigueur de la loi du 7 mai 1999 jusqu'au 6 février 2001. La Chambre de Commerce plaide pour une approche similaire au Grand-Duché de Luxembourg.

L'article V accorde aux sociétés constituées antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi un délai de vingt-quatre mois pour mettre leurs statuts en conformité avec les nouvelles dispositions. Cette mise en conformité doit en principe se faire selon les formes et publications requises pour la

modification des statuts. Il en résulte que de nombreuses sociétés commerciales seront obligées de passer devant notaire pour modifier leurs statuts. Le coût en frais d'honoraires et en frais de publication s'avérera non négligeable pour les sociétés. En outre, il est douteux que le délai de deux ans et le nombre des notaires luxembourgeois soient suffisants pour modifier les statuts des sociétés commerciales existant au Luxembourg. C'est la raison pour laquelle la Chambre de Commerce exige un délai de **trois ans** pour cette mise en conformité. C'est en effet un délai de trois ans que le législateur belge avait ménagé aux sociétés préexistantes à la loi du 7 mai 1999 pour la mise en conformité.

Le commentaire des articles estime par ailleurs qu'une société qui ne procéderait pas aux modifications nécessaires des statuts encourait la sanction prévue aux articles 203 et 203-1 de la loi du 10 août 1915 (i.e. dissolution judiciaire) „*s'il s'avère que l'application des dispositions impératives de la loi rend son fonctionnement impossible*“. Or, les articles 203 et 203-1 ne posent pas une telle exigence de non-fonctionnement de la société en condition d'application. Ils exigent en revanche une violation grave des dispositions de la LSC.

\*

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce ne peut approuver le Projet dans sa forme actuelle et demande aux auteurs du Projet que ses observations fondamentales et ses propositions de changements soient prises en considération dans le cadre de l'élaboration de la future loi.