



## **Sous-commission "Modernisation du droit luxembourgeois des sociétés" de la Commission juridique**

### **Procès-verbal de la réunion du 22 décembre 2014**

#### Ordre du jour :

1. 5730 Projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et modification du Code civil et de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises  
- Rapporteur: Monsieur Franz Fayot  
- Continuation de l'examen des articles
2. Divers

\*

Présents : M. Guy Arendt, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden, M. Roy Reding  
M. Tim Doll, Mme Hélène Massard, du Ministère de la Justice  
Mme Carole Closener, de l'Administration parlementaire

Excusée : Mme Viviane Loschetter

\*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

\*

1. **5730** **Projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et modification du Code civil et de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises**

Point 31) Article 51

Les membres de la Sous-commission "Modernisation du droit luxembourgeois des sociétés" de la Commission juridique (SCDS) maintiennent leur position sur ce point, pour lequel il est renvoyé au procès-verbal de la réunion du 11 décembre 2014.

#### Point 32) Article 51bis

Le point 32) doit être discuté avec les points suivants, et plus particulièrement le point 36) (articles 60-1 et 60-2).

Il est rappelé que lors de la réunion du 11 décembre, les membres de la SCDS avaient donné leur accord de principe sur la possibilité d'instituer un comité de direction et de lui déléguer les pouvoirs de gestion du conseil d'administration.

Quant à la proposition de la CDEB d'instituer un directeur général, ils avaient décidé de vérifier au préalable l'opportunité d'introduire ce type d'organe de gestion dans le contexte actuel, en rappelant que la note du CDEB date de 2009/2010.

Les membres de la SCDS conviennent de reprendre la proposition de la CDEB d'autoriser la délégation par le conseil d'administration de ses pouvoirs de gestion à un directeur général estimant qu'il s'agit d'une fonction très commune dans la pratique, dont la mission pourra dépasser celle de l'administrateur délégué, confinée à la gestion journalière (entendue au sens restrictif). Cette possibilité présentera un intérêt et une flexibilité supplémentaire pour les sociétés dont le volume d'activités ne justifie pas la nomination d'un comité de direction, mais qui ont néanmoins besoin d'un exécutif fort et avec des pouvoirs plus étendus que l'administrateur délégué. Il est entendu que la nomination d'un directeur général est un choix alternatif à l'institution d'un comité de direction et que ces deux organes ne sauraient coexister dans une seule et même société.

L'instauration et les pouvoirs de représentation de ces organes sociaux seront opposables aux tiers dans les conditions prévues par l'article 9 qui a trait à la publication.

En réponse aux observations du Conseil d'Etat, la SCDS reconnaît l'utilité de la consécration légale du comité de direction. Le recours à des comités de direction dans les sociétés importantes est commun et relève d'une politique saine de gouvernance. Or, en pratique, le champ d'action de tels comités de direction dépasse souvent la gestion journalière - du moins au sens restrictif - de sorte que le cadre légal actuel ne constitue qu'une base imparfaite pour cette pratique de gouvernance parfaitement légitime. Il y a ainsi lieu de consolider d'un point de vue légal les pouvoirs de gestion et de représentation de cet organe.

Par ailleurs, la SCDS ne saurait suivre les interrogations du Conseil d'Etat quant à la nature du comité de direction en spécifiant qu'il constitue un organe social. S'il est créé en vertu des statuts, ses pouvoirs de gestion et de représentation sont des plus larges, sous réserve de la détermination de la politique générale de la société et des actes réservés expressément au conseil d'administration en vertu de dispositions légales (le tout sous réserve de restrictions statutaires ou décidées *ad hoc* par le conseil d'administration, mais lesquelles restrictions ne seront alors pas opposables aux tiers).

Quant au problème de la répartition des responsabilités et le prétendu risque de dilution de ces dernières, il y a tout d'abord lieu de rappeler que l'article 59 actuel prévoit expressément que les membres du comité de direction, pris en cette qualité, sont responsables à l'égard de la société et par rapport aux tiers comme le sont les administrateurs. Il convient d'y ajouter le directeur général.

Les pouvoirs du comité de direction s'exerceront en délégation de ceux du conseil d'administration et sous la surveillance du conseil d'administration, et donc la responsabilité de ce dernier (sans préjudice de la responsabilité personnelle des membres du comité de direction évidemment et sans préjudice par ailleurs à ce que le conseil d'administration continue à exercer les mêmes pouvoirs).

Dans un souci de protection des tiers, et au vu des contraintes imposées par le cadre communautaire concernant la représentation des sociétés anonymes, la SCDS reprend la proposition de la CDEB de supprimer au premier alinéa de l'article 60-1 la référence aux limitations de pouvoirs indirectes résultant du renvoi à d'éventuels actes réservés statutairement au conseil d'administration. Cette référence était d'ailleurs en contradiction avec les termes du dernier alinéa du même article.

Enfin, la SCDS décide de maintenir la disposition suivant laquelle le comité de direction exerce ses pouvoirs de manière exclusive afin d'éviter la controverse existant en droit belge sur la question de savoir si le comité de direction exerce ses pouvoirs de manière exclusive ou concurrente avec le conseil d'administration.

Partant l'article 60-1 aura le libellé suivant :

*« **Art. 60-1.**– Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs de gestion à un comité de direction ou un directeur général, sans que cette délégation puisse porter sur la politique générale de la société ou sur l'ensemble des actes réservés au conseil d'administration en vertu d'autres dispositions de la loi ou des statuts. Si un comité de direction est institué ou un directeur général est nommé, le conseil d'administration est chargé de surveiller celui-ci. Le comité de direction exerce ses pouvoirs de manière exclusive.*

*Le comité de direction se compose de plusieurs personnes, qu'ils soient administrateurs ou non.*

*Les conditions de désignation des membres du comité de direction ou du directeur général, leur révocation, leur rémunération et la durée de leur mission de même que le mode de fonctionnement du comité de direction, sont déterminés par les statuts ou, à défaut de clause statutaire, par le conseil d'administration.*

*Les statuts peuvent conférer au directeur général ou à un ou à plusieurs membres du comité de direction, le pouvoir de représenter la société, soit seuls, soit conjointement.*

*La nomination d'un directeur général et l'instauration d'un comité de direction et la clause statutaire visée à l'alinéa 3 le pouvoir de représentation du directeur général et des membres du comité de direction, sont opposables aux tiers dans les conditions prévues par l'article 9. La publication contient une référence explicite au présent article.*

*Les statuts ou une décision du conseil d'administration peuvent apporter des restrictions au pouvoir de gestion qui peut être délégué en application de l'alinéa 1er. Ces restrictions, de même que la répartition éventuelle des tâches dont les membres du comité de direction sont convenus, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées. »*

Le libellé du point 32 est modifié de la manière suivante :

*« 32) à l'article 51bis, alinéa 1er, les mots „membre du comité de direction, ou directeur général“ sont insérés après les mots „Lorsqu'une personne morale est nommée administrateur“. »*

Point 32bis) initial - Article 53

Suite aux observations du Conseil d'Etat concernant la modification de l'article 53, la SCDS décide d'y renoncer (ce qui revient à confirmer l'amendement) et de revenir à la version actuelle de l'article.

#### Point 32bis) nouveau - Article 54

Le Conseil d'Etat soutient le nouvel article 54, tel que proposé par amendement.

La CDEB propose de modifier le nouvel article 54 à plusieurs égards, toujours dans la perspective du principe de la liberté contractuelle et de recherche de sécurité juridique.

Tout d'abord, elle propose de supprimer les termes "en son sein" pour permettre plus de flexibilité dans la composition des comités pouvant être constitués.

Ensuite, il est proposé de remplacer le terme "commission" par celui de "comité". Cette terminologie est plus conforme à la pratique reconnue en la matière. Ainsi, notamment, les principes de gouvernance établis au sein de la Bourse de Luxembourg se réfèrent au concept de "comité".

Enfin, il est proposé de supprimer la deuxième partie de la phrase commençant par les mots "sans que lesdites attributions", dans la mesure où une lecture littérale du texte proposé aurait pu aboutir à priver les comités visés de tous pouvoirs effectifs. Il est entendu que – et telle était la fin de la proposition initiale – le conseil d'administration ne saurait déléguer l'intégralité de ses pouvoirs à un ou plusieurs comités ou se défaire de sa responsabilité ultime par le biais d'une telle délégation. Cependant, afin que ces comités puissent utilement fonctionner, il est nécessaire que leurs membres puissent prendre des décisions et engager la société dans les domaines définis qui leurs auront été attribués par le conseil d'administration.

Il convient par ailleurs d'étendre le régime des comités au cas de figure d'une structure bicéphale, dans la mesure où, dans les sociétés importantes, la création de comités par le directoire, voire par le conseil de surveillance peut avoir son utilité, notamment dans le contexte de sociétés cotées. Il est renvoyé à ce propos aux amendements relatifs aux articles 60bis-7 et 60bis-14. La création de tels comités au sein du directoire et du conseil de surveillance est d'ailleurs monnaie courante (et correspond aux bonnes pratiques de gouvernance) dans les pays qui connaissent les structures bicéphales depuis plus longtemps, comme par exemple l'Allemagne.

La SCDS décide de suivre la CDEB.

Partant le point 32bis aura la teneur suivante :

*« 32bis) il est inséré un nouvel article 54 qui se lira comme suit:*

*„Le conseil d'administration peut décider la création en son sein de comités commissions dont il fixe la composition et les attributions et qui exercent leurs activités sous sa responsabilité. sans que lesdites attributions puissent avoir pour objet de déléguer à une commission les pouvoirs qui sont attribués au conseil d'administration lui-même par la loi ou les statuts.“ »*

#### Point 33) Article 57

La question fondamentale qui se pose à propos de cet article est celle de savoir s'il est souhaitable de maintenir la teneur actuelle de l'article 57 ou alors d'introduire un certain formalisme.

La SCDS approuve l'avis du Conseil d'Etat qui estime que le texte actuel de l'article 57 est suffisamment clair. L'obligation de produire des rapports engendrerait des frais

supplémentaires. De plus, l'absence d'une telle obligation n'empêche pas en pratique, le cas échéant, la production de tels rapports.

D'après la CDEB, la formulation du quatrième alinéa du paragraphe (1), tel que proposé par la commission juridique, ne couvre pas nécessairement toutes les situations de blocage possibles. A titre d'exemple, le texte ne réglerait pas le cas d'un conseil d'administration composé de trois personnes où deux d'entre elles auraient un intérêt opposé à celui de la société. Par conséquent, la nouvelle proposition de la CDEB entend parer à ce risque par une formulation plus ouverte et par le rajout d'une règle supplétive permettant au conseil d'administration de déferer la décision à l'assemblée générale des actionnaires.

Enfin, la CDEB propose la suppression du nouveau paragraphe (2) en notant qu'une telle action en nullité introduirait un élément d'insécurité juridique dans les transactions conclues par les sociétés anonymes. Il est entendu que la nullité devrait pouvoir être poursuivie en cas de fraude des parties impliquées – mais une telle action en nullité est déjà permise par le droit commun. De plus, en vertu de l'article 59, les administrateurs (et les membres du comité de direction) sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion (...).

Justifier une action en nullité par la simple connaissance réelle ou supposée du conflit d'intérêt par l'autre partie semble, selon la CDEB, inapproprié et excessif (surtout qu'il n'est pas nécessairement acquis que cette partie tire un quelconque bénéfice anormal de l'intérêt qu'aurait un administrateur dans l'affaire). Ensuite, la CDEB indique que l'intérêt opposé étant légalement défini comme étant patrimonial, l'éventuel préjudice causé par la violation des règles relatives à l'opposition d'intérêt devrait à son tour être purement patrimonial, de sorte qu'une action en responsabilité à l'encontre des administrateurs ou encore de l'autre partie à la transaction semble être le remède le plus approprié.

La SCDS approuve ce point de vue et fait sienne les propositions de la CDEB.

Partant, le point 33 aura la teneur suivante :

*« 33) l'article 57 est remplacé par la disposition suivante:*

*„Art. 57.– (4) L'administrateur qui a, directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération relevant du conseil d'administration, est tenu d'en prévenir le conseil et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la séance. Il ne peut prendre part à cette délibération.*

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

*Par dérogation à l'alinéa 1, lorsque la société ne comprend qu'un administrateur unique, il est seulement fait mention dans un procès-verbal des opérations intervenues entre la société et son administrateur ayant un intérêt opposé à celui de la société.*

*Lorsque, en raison d'une opposition d'intérêt, le nombre d'administrateurs requis statutairement en vue de délibérer et de voter sur le point en question n'est pas atteint, le conseil d'administration peut, sauf disposition contraire des statuts, décider de déferer la décision sur ce point à la société ne comprend que deux administrateurs, la décision peut être prise par l'autre administrateur. Les statuts peuvent néanmoins prévoir la nécessité d'un accord préalable de l'assemblée générale des actionnaires.*

Les dispositions des alinéas qui précèdent ne sont pas applicables lorsque les décisions du conseil d'administration ou de l'administrateur concernent des opérations courantes et conclues dans des conditions normales.

~~**(2) La société peut agir en nullité des décisions prises ou des opérations accomplies en violation des règles prévues au présent article et à l'article 60-2, si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation.**~~»

#### Point 34) Article 59

Au premier alinéa, il y a lieu d'ajouter le directeur général, afin d'être conforme à la nouvelle teneur de l'article 60-1. Il est également proposé de spécifier que les administrateurs, tout comme les membres du comité de direction, sont solidairement responsables envers la société ou envers des tiers de tous dommages résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts. La SCDS est d'avis que le terme « dommage » est plus approprié que celui de « préjudice ». Enfin, la SCDS se rallie à l'avis du Conseil d'Etat et décide de supprimer la référence à la loi du 19 décembre 2002.

Partant le point 34 aura la teneur suivante :

« 34) l'article 59 est remplacé par la disposition suivante:

« **Art. 59.**– Les administrateurs, ~~et~~ les membres du comité de direction **et le directeur général** sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

**Les administrateurs Ils** sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous **dommages intérêts préjudice** résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi, ~~ou des statuts sociaux ou du chapitre II du titre II de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.~~

**Le 2<sup>e</sup> alinéa est également applicable aux membres du comité de direction.**

*Les administrateurs et les membres du comité de direction ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions, pour ce qui est membres du conseil d'administration, à l'assemblée générale la plus prochaine et, pour ce qui concerne les membres du comité de direction, lors de la première séance du conseil d'administration après qu'ils en auront eu connaissance. »»*

#### Point 35) Article 60

En dépit des commentaires de la CDEB, les membres de la SCDS décident de maintenir la teneur de l'alinéa supplémentaire de l'article 60, en redressant simplement une erreur matérielle. Ils estiment en effet que le risque de conflit d'intérêt peut exister au niveau des délégués à la gestion journalière et qu'il est utile de légiférer en la matière.

Partant le point 35 aura la teneur suivante :

« 35) **Le 5<sup>e</sup> alinéa de l'article 60 est modifié comme suit :**

**« La responsabilité des délégués à la gestion journalière à en raison de cette gestion se détermine conformément aux règles générales du mandat. »**

L'article 60 est complété par l'alinéa suivant:

« Les délégués à la gestion journalière sont soumis aux dispositions de l'article 57, applicables par analogie. S'il n'existe qu'un seul délégué confronté à une situation d'opposition d'intérêts, la décision devra être prise par le conseil d'administration. En cas de violation de l'article 57, la responsabilité des délégués à la gestion journalière pourra être engagée sur ~~la~~ base de l'article 59, alinéa 2, étant entendu que, pour l'application de cette disposition, ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions au conseil d'administration dès qu'ils en auront eu connaissance. » »

**Point 36) Article 60-2**

Pour l'article 60-1, il y a lieu de se référer aux développements aux pages 2 et 3 du présent procès-verbal.

A l'instar de l'article 57, se pose ici la question de savoir s'il est souhaitable d'introduire un certain formalisme. Par souci de cohérence, il est décidé d'adopter la même approche en renonçant au formalisme.

De même, pour respecter le parallélisme des formes, il est proposé d'ajouter une règle supplétive permettant au comité de direction, en cas de situation de blocage suite à une opposition d'intérêt, de déférer la décision au conseil d'administration.

Pour ce qui est des conditions de désignation des membres du comité de direction ou du directeur général, leur révocation, leur rémunération, la durée de leur mission et le mode de fonctionnement du comité de direction, il est rappelé que le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 60-1 dispose que ceux-ci sont déterminés par les statuts ou, à défaut de clause statutaire, par le conseil d'administration.

Partant l'article 60-2 aura la teneur suivante :

**« Art. 60-2.– (1) Si un membre du comité de direction a, directement ou indirectement, un intérêt de nature patrimoniale opposé à une décision ou à une opération relevant du comité, il est tenu d'en prévenir le comité et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la séance. Il ne peut prendre part à cette délibération. ~~Le membre du comité de direction concerné doit également en informer les commissaires ou les réviseurs.~~**

*Il est spécialement rendu compte, à la première réunion du conseil d'administration, avant tout vote sur d'autres résolutions, des opérations dans lesquelles un des membres du comité de direction aurait eu un intérêt opposé à celui de la société.*

*Une copie du procès-verbal est transmise au conseil d'administration lors de sa prochaine réunion. Le rapport de gestion contient l'intégralité du procès-verbal précité.*

**Lorsque le comité de direction ne comprend que deux membres, la décision peut être prise par l'autre membre. Les statuts peuvent néanmoins prévoir la nécessité d'accord préalable du conseil d'administration.**

**Lorsque, en raison d'une opposition d'intérêt, le nombre de membres du comité de direction requis en vue de délibérer et de voter sur le point en question n'est pas atteint, le comité de direction peut décider de déférer la décision sur ce point au conseil d'administration.**

Les dispositions des alinéas qui précèdent ne sont pas applicables lorsque les décisions du comité de direction concernent des opérations courantes et conclues dans des conditions normales.

~~**Les dispositions des alinéas qui précèdent ne sont pas applicables lorsque les décisions du comité de direction ou du membre de ce comité concernent des opérations habituelles conclues dans des conditions et sous des garanties normales du marché pour des opérations de même nature.**~~

#### Point 37) Article 60bis

Il est proposé d'ajouter le directeur général qui est la conséquence nécessaire des propositions faites à l'article 60-1.

Partant le point 37 aura la teneur suivante :

*« 37) à l'article 60bis, les mots „par les membres du comité de direction ayant qualité pour la représenter conformément à l'article 60-1 alinéa 3, **par le directeur général.**“ sont insérés après les mots „conformément à l'article 53, alinéa 4, “. »*

#### Point 38) Article 60bis-4

Ce point n'appelant pas d'observation, l'amendement est maintenu.

#### Point 38bis) Article 60bis-7

A l'instar du point 32bis) (Article 53) la SCDS décide de revenir à la version actuelle de l'article.

La CDEB propose d'insérer un nouveau paragraphe 5 à l'article 60bis-7 qui fait suite à la modification apportée à l'article 54. La SCDS décide de faire sienne cette proposition.

Partant le point 38bis aura la teneur suivante :

**38bis) à l'article 60bis-7, paragraphe (1), les mots „ou les statuts“ sont supprimés et le mot „réservent“ est par conséquent modifié en „réserve“.**  
*à l'article 60bis-7, un paragraphe (5) nouveau est inséré comme suit :*  
**„(5) Le directoire peut décider la création de comités dont il fixe la composition et les attributions et qui exercent leurs activités sous sa responsabilité.“**

#### Point 39) Article 60bis-8

Ce point n'appelle pas d'observation.

#### Point 39bis) Article 60bis-10

Il est proposé de modifier l'article 60bis-10 à l'instar de ce qui a été décidé pour le 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 59.

Dès lors le point 39bis aura la teneur suivante :

*39bis) la première phrase de l'alinéa 2 de l'article 60bis-10 est modifiée comme suit:*

*„Ils sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages-~~intérêts préjudice~~ résultant d’infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts sociaux ou des normes comptables issues du chapitre II du titre II de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.“*

#### Nouveau point 39ter) Article 60bis-14

La CDEB propose de modifier l’article 60bis-14 afin de confirmer la possibilité de créer des comités au niveau du conseil de surveillance (par exemple, un comité d’audit ou encore un comité de rémunération). Il est renvoyé aux commentaires faits *sub* point 32bis) (article 54). La SCDS décide d’adopter cette modification.

Partant le nouveau point 39ter) sera libellé comme suit :

**39ter) l’article 60bis-14 est modifié comme suit :**  
**„Sont applicables au conseil de surveillance les dispositions des articles 51, 51bis, 52 et 54.“**

#### Nouveau point 39quater) Article 60bis-16

Il est proposé de modifier l’article 60bis-16 de la même manière que le 2<sup>e</sup> alinéa de l’article 59 et le 2<sup>e</sup> alinéa de l’article 60bis-10.

Dès lors le point 39quater aura la teneur suivante :

*39quater) la première phrase de l’alinéa 2 de l’article 60bis-16 est modifiée comme suit:*  
*„Ils sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages-~~intérêts préjudice~~ résultant d’infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts sociaux ou des normes comptables issues du chapitre II du titre II de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.“*

#### Point 40) Article 60bis-18

La CDEB propose d’aligner le texte de l’article 60bis-18 sur celui de l’article 57. La SCDS approuve cette proposition. Elle décide par ailleurs de supprimer la subdivision en paragraphes de l’article afin d’harmoniser sa présentation avec les articles précédents.

Dès lors le point 40 aura la teneur suivante :

*40) l’article 60bis-18 est remplacé par la disposition suivante:*

**„Art. 60bis-18.– (1) Le membre du directoire ou du conseil de surveillance qui a directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération relevant du directoire ou du conseil de surveillance, est tenu d’en prévenir le directoire ou le conseil et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la séance. Il ne peut prendre part à cette délibération.**

*Il est spécialement rendu compte, à la première assemblée générale, avant tout vote sur d'autres résolutions, des opérations dans lesquelles un des membres du directoire ou du conseil de surveillance aurait eu un intérêt opposé à celui de la société.*

*Par dérogation ~~aux~~ à l'alinéas 1 ~~et 2~~, lorsque le directoire ou le conseil de surveillance de la société ne comprend qu'un seul membre, il est seulement fait mention dans un procès-verbal des opérations intervenues entre la société et son membre du directoire ou du conseil de surveillance ayant un intérêt opposé à celui de la société.*

**Lorsque, en raison d'une opposition d'intérêt, le nombre de membres requis statutairement en vue de délibérer et de voter sur le point en question n'est pas atteint, le directoire ou le conseil de surveillance peut, sauf disposition contraire des statuts, décider de déferer la décision sur ce point à l'assemblée générale des actionnaires.**

~~(2) Lorsque l'opération visée à l'alinéa premier au paragraphe précédent fait apparaître un intérêt opposé entre la société et un membre du directoire, l'autorisation du conseil de surveillance est en outre requise.~~

~~(3) La société peut agir en nullité des décisions prises ou des opérations accomplies en violation des règles prévues au présent article, si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation.~~

~~(34) Les dispositions des paragraphes qui précèdent ne sont pas applicables lorsque les décisions envisagées concernent des opérations courantes conclues dans des conditions et sous des garanties normales du marché pour des opérations de même nature."~~

~~Les dispositions des alinéas qui précèdent ne sont pas applicables lorsque les décisions envisagées concernent des opérations courantes et conclues dans des conditions normales. "~~

Point 41)  
Article 63bis

Il est rappelé que le projet de loi proposait d'introduire en droit luxembourgeois, selon le modèle belge, l'action sociale minoritaire permettant aux actionnaires et titulaires de parts bénéficiaires d'agir pour compte de la société contre les membres du conseil d'administration ou du directoire ou du conseil de surveillance.

Or, selon le Conseil d'Etat, « le dernier alinéa de l'article 63bis restreint le cadre des actionnaires pouvant exercer l'action minoritaire en excluant ceux qui ont voté la décharge. Cependant, les actionnaires ayant voté la décharge peuvent l'exercer si cette décharge n'est pas valable. Cette dernière proposition introduit une difficulté supplémentaire dans l'examen de la recevabilité d'une action introduite par des actionnaires ayant le droit de vote, car elle introduit une question préjudicielle à l'action. Il se pose encore la question de l'effet de la constatation d'une irrégularité de la décision. Enfin, il se pose la question contre qui une telle action devrait être introduite. » Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à ce texte qui, selon lui, ne règle pas suffisamment la procédure.

La CDEB note à cet égard que : « C'est à tort d'ailleurs que le Conseil d'Etat se réfère à des actions en annulation de décisions prises par les organes dans un tel contexte. Tel n'est certainement pas la finalité de l'action sociale minoritaire, étant entendu que des minoritaires peuvent toujours agir en annulation de décisions abusives prises par les organes dans les

conditions du droit commun. Le but spécifique de l'action sociale minoritaire est de tenir en échec l'effet juridique de la décharge votée à la majorité. » La SCDS propose de préciser qu'il s'agit bien de l'actio mandati qui appartient à la société mais qui est exercée pour son compte par des actionnaires minoritaires ou titulaires de parts bénéficiaires.

Selon la SCDS, le texte proposé pose plusieurs questions, notamment celles relatives au seuil de détention (de 1%, voire de 10%) ainsi qu'au vote de la décharge.

La SCDS précise que l'article a trait à l'action en responsabilité qui vise à réparer le dommage subi par la société et non pas à l'action en annulation tout en rappelant que selon le droit commun, pour exercer une action en responsabilité après le vote de la décharge, il convient en premier lieu de contester l'effet juridique de la décharge donnée par l'assemblée générale.

La validité de la décharge est analysée dans le cadre de l'action introduite sur base de l'article 63bis.

Finalement, concernant les actions sans droit de vote (alinéa 2), la SCDS fait siennes les observations de la CDEB. D'après la CDEB, les précisions apportées par l'alinéa dont la suppression est proposée sont confuses et difficilement compréhensibles. Soit les détenteurs d'actions sans droit de vote pouvaient exercer un droit de vote à l'assemblée générale se prononçant sur la décharge (en vertu des règles légales ou statutaires applicables aux actions sans droit de vote), soit ils ne pouvaient pas exercer un tel droit de vote (parce que les conditions légales ou statutaires n'étaient pas données). S'ils avaient un droit de vote à cette assemblée générale, ils pouvaient en principe bénéficier de l'action sociale minoritaire. S'ils n'avaient pas un droit de vote, ils ne pouvaient pas en bénéficier. Il est entendu que si les organes sociaux avaient pris des mesures préjudiciables spécifiquement par rapport aux actionnaires sans droit de vote, ces derniers devaient avoir un droit d'action conformément au droit commun, puisque le dommage causé ne serait pas un dommage causé à la société généralement. La SCDS retient donc également que le deuxième alinéa de l'article 63bis est en fait inutile.

En réponse à la problématique soulevée, la SCDS décide de maintenir le principe de l'action minoritaire. Il est ainsi décidé de revenir à la version initiale du texte, en conservant la teneur de l'alinéa 1. Le seuil de détention mentionné à l'alinéa 2 est porté à 10 pour cent. Le 3<sup>e</sup> alinéa est supprimé et le 4<sup>e</sup> alinéa est maintenu.

#### Articles 63ter - 63quater- 63quinquies - 63sexies

En réponse aux observations du Conseil d'Etat et de la CDEB, la SCDS, étant d'avis qu'il s'agit de questions procédurales réglées par le droit commun, propose, sous réserve des vérifications nécessaires, de supprimer ces articles.

#### Article 63septies

Considérant toutefois que l'article 63septies pourrait s'avérer utile en pratique, la SCDS propose de supprimer le 1<sup>er</sup> alinéa et de transférer le libellé du 2<sup>e</sup> alinéa en tant que dernier alinéa de l'article 63bis. A noter que les frais visés sont ceux qui ne sont pas couverts par l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

Dès lors le point 41 aura la teneur suivante :

*41) après l'article 63 sont insérés les articles 63bis à 63septies libellés comme suit:*

„Art. 63bis.– Une action peut être intentée contre les administrateurs ou membres du directoire ou du conseil de surveillance, selon le cas, pour le compte de la société par des actionnaires minoritaires ou titulaires de parts bénéficiaires.

Cette action minoritaire est intentée par un ou plusieurs actionnaires ou titulaires de parts bénéficiaires possédant, à l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge, des titres ayant le droit de voter à cette assemblée représentant au moins de dix pour cent 1% des voix attachées à l'ensemble de ces titres.

Pour les détenteurs d'actions sans droit de vote, l'action ne peut être intentée que dans les cas où ils disposent d'un droit de vote conformément aux articles 44, paragraphe (2), et 46 et pour les actes afférents aux décisions prises en exécution de ces articles.

Pour les actionnaires ayant 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 pour autant dans ce cas, que celle-ci ne soit pas valable.

Si la demande est accueillie, les frais raisonnablement exposés par les demandeurs, et qui ne sont pas compris dans les frais et dépens mis à charge des défendeurs, sont remboursés par la société.

L'action sociale prévue par les articles 59, 60bis-10, 60bis-16 et 62 alinéa 3 peut également être intentée pour le compte de la société par un ou plusieurs actionnaires possédant, à l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge, des actions ayant le droit de voter à cette assemblée représentant au moins dix pour cents des actions munies du droit de vote.

Pour les détenteurs d'actions sans droit de vote, cette action ne peut être intentée que dans les cas où ils disposent d'un droit de vote conformément aux articles 44, paragraphe (2) et 46 et pour les actes afférents aux décisions prises en exécution de ces articles.

L'action ne peut être intentée que par ceux qui n'ont pas voté la décharge et par ceux qui ont voté cette décharge pour autant que dans ce cas, celle-ci ne soit pas valable.

Art. 63ter.– Le fait qu'en cours d'instance, un ou plusieurs actionnaires ou titulaires de parts bénéficiaires cessent de représenter le groupe d'actionnaires minoritaires ou titulaires de parts, soit qu'ils ne possèdent plus de titres, soit qu'ils renoncent à participer à l'action, est sans effet sur la poursuite de ladite instance ou sur l'exercice des voies de recours.

Art. 63quater.– Si les représentants légaux de la société exercent l'action sociale et que l'action minoritaire est intentée également par un ou plusieurs porteurs de titres, les instances sont jointes.

Art. 63quinquies.– Toute transaction conclue avant l'introduction de l'action peut être annulée à la demande des porteurs de titres actionnaires réunissant les conditions prévues à l'article 63bis si elle n'a point été faite à l'avantage commun de tous les porteurs de titres.

Après l'introduction de l'action, la société ne peut transiger avec les défendeurs sans le consentement unanime de ceux qui demeurent demandeurs de l'action.

Art. 63sexies.— Les demandeurs doivent désigner, à l'unanimité, un mandataire spécial chargé de conduire le procès, dont le nom doit être indiqué dans l'exploit introductif d'instance et chez qui il est fait élection de domicile.

Les demandeurs peuvent, à l'unanimité, révoquer le mandataire spécial. La révocation peut aussi être poursuivie pour cause légitime par tout porteur de titres actionnaire, devant le président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé.

En cas de décès, de démission, de révocation, d'incapacité, de déconfiture, de faillite, gestion contrôlée ou toute autre procédure collective affectant le mandataire spécial, et à défaut d'accord entre tous les demandeurs sur la personne de son remplaçant, celui-ci est désigné par le président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, sur requête du demandeur le plus diligent.

Art. 63septies.— Si la demande minoritaire est rejetée, les demandeurs peuvent être condamnés personnellement aux dépens et, s'il y a lieu, aux dommages-intérêts envers les défendeurs.

Si la demande est accueillie, les frais raisonnablement exposés par les demandeurs, et qui ne sont point compris dans les dépens mis à charge des défendeurs, sont remboursés par la société."

## 2. Divers

Aucun point divers n'a été abordé au cours de cette réunion.

Luxembourg, le 22 décembre 2014

Le Secrétaire-administrateur,  
Carole Closener

Le Président,  
Franz Fayot