



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

Procès-verbal de la réunion du 15 janvier 2015

Ordre du jour :

1. Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 13, 20 et 27 novembre 2014 et des 4 et 11 décembre 2014
2. 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
3. Divers

*

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

Excusés : M. Guy Arendt, Mme Viviane Loschetter, M. Roy Reding

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

1. **Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 13, 20 et 27 novembre 2014 et des 4 et 11 décembre 2014**

Les projets de procès-verbal des réunions des 13, 20 et 27 novembre 2014 et des 4 et 11 décembre 2014 sont approuvés.

2. **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 61bis) Articles 104, 105, 108 et 113

Une partie des dispositions modificatives regroupées sous ce point a déjà été mise en œuvre par la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et est devenue superflète. Il convient par conséquent de les supprimer du projet de loi.

A la place de ces dispositions, il pourrait être opportun d'introduire une nouvelle disposition sous l'article 107, afin de régler la situation de l'administrateur, personne morale, d'une SCA. En effet, selon une jurisprudence récente¹, l'administrateur, personne morale d'une SCA, aurait l'obligation de nommer un représentant permanent. Par le renvoi de l'article 103 aux dispositions relatives aux sociétés anonymes, le juge a conclu à l'applicabilité de l'article 51bis. Afin de parer à l'insécurité juridique créée par ce jugement, il semble nécessaire de légiférer.

Le Ministère de la Justice propose d'ajouter au premier alinéa de l'article 107 la disposition suivante : « Lorsqu'un ou plusieurs gérants sont des personnes morales, elles peuvent ne pas désigner une personne physique comme représentant permanent. »

Les membres de la SCDS approuvent cette proposition.

Le nouveau point 61) aura ainsi la teneur suivante :

61) Le premier alinéa de l'article 107 est complété comme suit :
« Lorsqu'un ou plusieurs gérants sont des personnes morales, elles peuvent ne pas désigner une personne physique comme représentant permanent. »

Du point 61bis) initial, seule la modification de l'article 113 est maintenue, de sorte que le point 61bis sera libellé comme suit :

61bis) ~~les articles 104, 105, 108 et 113 sont modifiés comme suit:~~
~~L'article 104 est abrogé.~~
~~A l'alinéa 1er de l'article 105, le point 1) est modifié comme suit:~~
~~1) la dénomination sociale;~~
~~A l'article 108, les mots „ou dont le nom figure dans la raison sociale“ sont supprimés.~~

~~A l'article 113 est ajouté l'alinéa suivant:~~
~~„Elle est à responsabilité illimitée ou limitée.“~~

Point 61ter) Article 114

La SCDS, sur proposition du Ministère de la Justice, décide de supprimer le premier alinéa de l'article 114 et de maintenir la suppression de l'alinéa 5, telle que prévue par l'amendement et approuvée par le Conseil d'Etat.

Au sujet du premier alinéa, la CDEB rappelle à juste titre que : « La référence au concept de dénomination sociale est superflète au vu de l'article 4bis nouveau, commun à toutes formes de sociétés commerciales disposant de la personnalité juridique. »

¹ Arrêt du 13 décembre 2013 n°145725

La SCDS propose en outre de modifier le nouvel alinéa 1 comme suit : « La société **coopérative** doit être composée de **deux sept** personnes au moins. »

Le Ministère de la Justice estime en effet que l'exigence du minimum de sept membres est quelque peu dépassée car elle repose sur l'ancien droit belge. Suite à une réforme opérée en Belgique dans les années 80', le nombre minimal d'actionnaires a été porté à deux pour les S.A. et à trois associés pour les sociétés coopératives. Aux Pays-Bas et en Autriche, la société coopérative peut être composée de deux membres. A titre comparatif, la SA de droit luxembourgeois peut être composée de deux actionnaires, et la société coopérative européenne peut être composée de deux sociétés membres. Il n'y a donc pas de raison impérative de ne pas admettre la constitution d'une société coopérative avec deux membres au moins.

Partant, le point 61ter) aura la teneur suivante :

~~61ter) — Le premier alinéa de l'article 114 est modifié comme suit: „La société coopérative existe sous une dénomination sociale.“~~
~~— L'alinéa 5 de l'article 114 est supprimé.~~

L'article 114 est libellé comme suit :

~~La société coopérative n'existe pas sous une raison sociale; elle est qualifiée par une dénomination particulière.~~

La société **coopérative** doit être composée de **deux sept** personnes au moins.

Elle est administrée par un ou plusieurs mandataires, associés ou non associés, qui ne sont responsables que du mandat qu'ils ont reçu.

La surveillance de la société est confiée à un ou plusieurs commissaires, associés ou non.

~~Les associés peuvent s'engager solidairement ou divisément, indéfiniment ou jusqu'à concurrence d'une certaine valeur.~~

Point 62) Article 115

Le projet de loi propose de restructurer l'article 115 sous deux paragraphes : le paragraphe 1 énumère les points à déterminer dans l'acte constitutif, et le paragraphe 2 organise le régime des nullités.

Le point 3 actuel, prévoyant la désignation précise des associés, est déplacé vers l'article 116.

Le Conseil d'Etat propose de relier les deux éléments indiqués au paragraphe 1^{er} dans le point 1 par la conjonction „et“. La SCDS approuve cette proposition.

Il note en outre que les auteurs du projet proposent de supprimer parmi les indications obligatoires la désignation précise des associés et de l'ajouter de nouveau *sub 6°* de l'article 116 comme indication obligatoire. Au nouvel article 117*bis*, ils prévoient en outre que les souscripteurs à l'acte seront considérés comme fondateurs de la société, bien que dans le deuxième paragraphe de l'article 115, ils indiquent que la nullité de la société ne peut pas être prononcée si la société comprend au moins un fondateur valablement engagé.

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

La SCSD ne peut pas suivre le Conseil d'Etat dans la mesure où le commentaire de l'article explique clairement l'articulation entre les articles 115, 116 et 117. En effet, l'introduction du paragraphe 2 à l'article 115 (cas de nullité limités de la Société coopérative) est à examiner de concert avec les modifications apportées aux articles 12ter, 12quater paragraphe 2, 157 et l'insertion des articles 14bis (devenu article 12ter paragraphe 3) et 16bis (devenu l'article 12ter paragraphe 4). En d'autres termes, l'objectif général de ces modifications est d'uniformiser autant que possible les causes de nullité des sociétés, ceci dans un but de protection des intérêts des tiers afin que l'existence de la société ne puisse être remise en cause en dehors des causes limitativement énoncées par la loi. Pour rappel, les S.A, S.à r.l et S.C.A sont soumises à la directive 2009/101/CE du parlement européen et du conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers qui dispose en son article 12:

« Article 12

La législation des États membres ne peut organiser le régime des nullités des sociétés que dans les conditions suivantes:

- a) la nullité doit être prononcée par décision judiciaire;*
- b) la nullité ne peut être prononcée que dans les seuls cas visés aux points i) à vi):*

- i) le défaut d'acte constitutif ou l'inobservation, soit des formalités de contrôle préventif, soit de la forme authentique,*
- ii) le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société,*
- iii) l'absence, dans l'acte constitutif ou dans les statuts, de toute indication au sujet soit de la dénomination de la société, soit des apports, soit du montant du capital souscrit, soit de l'objet social,*
- iv) l'inobservation des dispositions de la législation nationale relatives à la libération minimale du capital social,*
- v) l'incapacité de tous les associés fondateurs,*
- vi) le fait que, contrairement à la législation nationale régissant la société, le nombre des associés fondateurs est inférieur à deux.*

En dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité. »

La suppression de la désignation précise des associés comme causes des nullités s'inscrit ainsi dans cette logique. Il était donc nécessaire de déplacer cette exigence vers l'article 116, qui rend cette précision obligatoire, mais pas sous peine de nullité de la société.

Dans la mesure où l'article 4 de la L. 10 août 1915 dispose de *lege lata* que les sociétés coopératives sont à peine de nullité formées par des actes notariés spéciaux ou sous signature privée, il importait également d'en reprendre la mention à l'article 115.

Concernant finalement l'ajout par la SCDC d'une cause de nullité, celle-ci a, au contraire, été jugée nécessaire en raison d'une insécurité juridique sur ce point. En effet, les travaux préparatoires de la loi du 10 août 1915 indiquent que la société coopérative qui ne comprendrait pas sept associés (ainsi que l'exige l'art. 114 L. 10 août 1915) serait affectée d'une cause de nullité. Or, en l'état actuel, cette cause de nullité n'est pas expressément prévue par la loi du 10 août 1915 et le régime ne paraît ainsi pas certain. La SCDS est donc d'avis que cette cause de nullité devait être spécifiquement prévue par l'ajout d'un point 4° au paragraphe 2 de l'article 115 (voir ci-dessous) tout en atténuant cette sanction en permettant à la société de régulariser sa situation dans un délai d'un an à compter du passage en-dessous du minimum d'associés exigé par la loi. Cette nouvelle disposition est d'ailleurs dans l'esprit de l'article 12 de la directive 2009/101/CE, point b) vi).

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

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

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

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

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

En outre, il est rappelé que le Conseil d'Etat, en examinant l'article 116, a formulé l'observation suivante : « Les auteurs proposent l'application de l'article 1865*bis*, alinéas 2 et suivants du Code civil. Ils n'expliquent pas autrement cette proposition. Comme il n'existe pas de société coopérative à associé unique, le Conseil d'Etat peut difficilement suivre le raisonnement des auteurs.

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

En réponse au Conseil d'Etat, le Ministère de la Justice propose de clarifier le texte dans ce sens par l'ajout, au paragraphe 2, d'un point 4° libellé comme suit : « *Si la société n'a pas, dans un délai d'un an à compter du passage à moins de deux associés, amené le nombre d'associés à un nombre égal ou supérieur à deux.* »

Partant, le point 62) aura la teneur suivante :

62) l'article 115 est remplacé par la disposition suivante:

„Art. 115.– (1) L'acte constitutif de la société doit déterminer les points suivants:

*1° la dénomination de la société **et** son siège;*

2° l'objet de la société;

3° la forme à responsabilité limitée ou illimitée de la société;

4° la manière dont le capital social est ou sera ultérieurement formé, et son minimum de souscription immédiate. Dans les sociétés coopératives à responsabilité limitée, les statuts doivent déterminer la part fixe du capital.

(2) Outre les cas de violation de l'article 4, la nullité d'une société coopérative ne peut être prononcée que dans les cas suivants:

1° si l'acte constitutif ne contient aucune indication sur les points énumérés au paragraphe (1) du présent article;

2° si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public;

*3° si la société ne comprend pas au moins un fondateur valablement engagé.
Si les clauses de l'acte constitutif déterminant la répartition des bénéfices ou des pertes sont contraires à l'article 1855 du Code civil, ces clauses sont réputées non écrites.*

4° si la société n'a pas, dans un délai d'un an à compter du passage à moins de deux associés, amené le nombre d'associés à un nombre égal ou supérieur à deux. »

Point 63) Article 116

La SCDS, en accord avec le Ministère de la Justice, décide de maintenir les modifications proposées par le projet de loi, y compris la référence à l'article 1865*bis*, alinéas 2 et suivants du Code civil (cf. commentaire ci-dessus sous l'article 115).

Point 64) Article 117

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

Point 65) Article 117*bis*

L'article 117*bis* vise à instaurer un régime de responsabilité des fondateurs, en conséquence du régime de limitation des causes de nullité.

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

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

La SCDS approuve la remarque du Conseil d'Etat.

Les règles des paragraphes 1^{er} et 2 ne donnent pas lieu à de nouvelles observations de la part du Conseil d'Etat.

En ce qui concerne le paragraphe 3, il s'agit de règles spéciales se rapportant aux sociétés coopératives.

Comme il s'agit de l'application des règles du mandat et du porte-fort, sauf en ce qui concerne l'alinéa 2, elles ne demandent pas non plus d'observation particulière.

En ce qui concerne la proposition de l'alinéa 2, le Conseil d'Etat ne comprend pas, faute d'explications par les auteurs, pourquoi la responsabilité d'un fondateur est répercutée sur tous les fondateurs, avec pour effet de modifier ainsi les règles contractuelles du mandat et du porte-fort. Il propose par conséquent la suppression de l'aggravation de cette responsabilité contractuelle. Toutefois, la SCDS, en accord avec le Ministère de la Justice n'approuve pas cette proposition en soulignant que le texte du paragraphe 3 est calqué sur celui prévu pour les S.A. par l'article 31, paragraphe 2.

De plus, il est renvoyé au commentaire de l'article (cf. page 107 du doc. parl. 5730¹) qui explique qu'en raison du fait qu'un régime de limitation des causes de nullité est désormais proposé pour les sociétés coopératives à responsabilité limitée, il faut également instaurer un régime de responsabilité des fondateurs, à défaut duquel on risque d'avoir une société

coopérative valable comme société, mais dont les actifs et le capital auraient été largement grevés par l'annulation éventuelle de l'apport fait par un ou plusieurs associés.

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

La SCDS décide de suivre le Conseil d'Etat.

Dès lors le point 65) aura la teneur suivante :

65) après l'article 117 est inséré un article 117bis rédigé comme suit:

„Art. 117bis.– (1) Les souscripteurs à l'acte constitutif ~~sont seront~~ considérés comme fondateurs de la société. Toutefois, l'acte constitutif peut désigner comme fondateur un ou plusieurs souscripteurs possédant ensemble au moins un tiers de la part fixe du capital social. Dans ce cas, les autres comparants qui se bornent à souscrire des parts sociales contre espèces sans recevoir directement ou indirectement aucun avantage particulier, ~~sont seront~~ tenus pour simples souscripteurs.

(2) Les fondateurs d'une société coopérative à responsabilité limitée sont tenus solidairement envers tous les intéressés, malgré toute stipulation contraire:

1° de toute la partie fixe du capital social qui ne serait pas valablement souscrite ainsi que de la différence éventuelle entre le minimum de souscription immédiate du capital social fixé en vertu de l'article 115, paragraphe (1), 4°, et le montant des souscriptions, ils en sont de plein droit réputés souscripteurs;

2° de la réparation du préjudice qui est la suite immédiate et directe, soit de la nullité de la société, soit de l'absence ou de la fausseté dans l'acte constitutif des énonciations prescrites par l'article 115, paragraphe (1).

(3) Ceux qui ont pris un engagement pour des tiers nommément désignés dans l'acte, soit comme mandataires soit en se portant fort, sont réputés personnellement obligés s'il n'y a pas mandat valable ou si l'engagement de porte-fort n'est pas ratifié dans les deux mois de la stipulation.

Les fondateurs sont solidairement tenus de ces engagements.

~~(4) Les administrateurs sont tenus solidairement des obligations prévues par cet article à charge des fondateurs.~~

Point 65bis) Article 118

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

La SCDS approuve cet amendement.

3. Divers

Le Ministère de la Justice vérifiera auprès du Ministère du Logement l'état d'avancement du projet « coopérative de logement »

Luxembourg, le 15 janvier 2015

Le secrétaire-administrateur,
Carole Closener

Le Président,
Franz Fayot