



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

Procès-verbal de la réunion du 23 février 2015

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. Franz Fayot, M. Roy Reding

Mme Hélène Massard, du Ministère de la Justice

Mme Carole Closener, de l'Administration parlementaire

Excusés : M. Guy Arendt, M. Léon Gloden, 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**

Il est proposé d'examiner au cours de cette réunion les nouvelles propositions de la CDEB concernant la section consacrée à la transformation, l'introduction de *tracking shares*, l'instauration d'un régime de capital autorisé dans les SARL, ainsi que la modernisation des

modes et des délais de convocation des assemblées générales et de la communication des documents.

Point 104) Section XV quater – La transformation (Articles 308bis-15 à 308bis-27)

Art. 308bis-15

L'article 308bis-15 n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

La CDEB propose de compléter l'exclusion des dispositions spécifiques relatives aux transformations des sociétés européennes aux sociétés coopératives européennes. La SCDS note qu'en effet, cette précision est devenue nécessaire suite à la loi du 10 mars 2014 modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales en vue de mettre en œuvre le règlement (CE) no 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC).

Ensuite, la CDEB rappelle qu'aussi bien l'ABBL que la Chambre de Commerce dans leurs avis respectifs ont regretté l'augmentation du formalisme et ont préconisé d'adapter le texte belge pris comme modèle aux réalités économiques luxembourgeoises. S'il peut apparaître justifié d'établir un état comptable au moment de la transformation il ne paraît nécessaire d'imposer un rapport d'un réviseur d'entreprises agréé que dans les cas de transformation d'une société civile, d'un groupement d'intérêt économique ou d'une société de personnes en société anonyme ou en société en commandite par actions. En effet, c'est uniquement pour ce type de société par actions qu'un rapport d'un réviseur d'entreprises agréé est requis en cas d'apport en nature.

Il sera donc nécessaire en cas de transformation dans une de ces sociétés de faire vérifier la valeur de l'actif net par un réviseur d'entreprises agréé. Par contre, pour les sociétés où un contrôle aura été fait à la constitution et le cas échéant à l'augmentation de capital, il n'est pas nécessaire de confirmer l'état comptable au moment de leur transformation en société d'un autre type.

Cependant, pour le cas des transformations de sociétés à responsabilité limitée en sociétés anonymes il convient, pour éviter tout abus, d'imposer un rapport d'un professionnel lorsque dans les deux ans qui précèdent la transformation la société a fait l'objet d'un apport en nature ou d'un quasi-apport qui n'a pas été contrôlé conformément aux exigences applicables dans le cadre des sociétés anonymes.

La SCDS approuve cette approche et décide de reprendre les modifications proposées. En effet, la SCDS est d'avis que dans un souci d'efficacité et de cohérence, il convient de ne pas appliquer des règles plus strictes qu'en matière de fusions. Ce raisonnement est d'ailleurs également applicable pour l'examen des autres articles de la nouvelle section XV quater relative à la transformation.

Partant l'article 308bis-15 sera libellé comme suit :

« **Art. 308bis-15.-** La présente section régit les divers types de transformation visés à l'article 3, à l'exception :

- de la transformation d'une société européenne (SE) en société anonyme et la transformation d'une société anonyme en société européenne (SE) visées respectivement aux articles 31-2 et 31-3 ; **et**

- de la transformation d'une société coopérative en société coopérative européenne (SEC) et la transformation d'une société coopérative européenne

(SEC) en société coopérative visées respectivement aux articles 137-20 à 137-22 et 137-59 à 137-61.

Pour l'application des dispositions qui suivent, la société coopérative organisée comme une société anonyme est soumise aux règles régissant la société coopérative.

Les articles 308bis-17 à 308bis-19 ne s'appliquent qu'aux transformations:

- **d'une société civile, d'un groupement d'intérêt économique, d'une société en nom collectif, d'une société en commandite simple ou d'une société coopérative en société anonyme, ou en société en commandite par actions ; et**
- **d'une société à responsabilité limitée en société anonyme ou en société en commandite par actions lorsque la société à responsabilité limitée a fait l'objet d'un apport en nature ou d'un quasi-apport tel que visé par l'article 26-2 dans les deux ans précédant la décision des associés de procéder à la transformation en société anonyme ou en société en commandite par actions et que cet apport ou quasi-apport n'a pas fait l'objet d'un rapport d'un réviseur d'entreprises agréé établi conformément aux dispositions de l'article 26-1(2) ou de l'article 26-2 et qu'un tel rapport serait exigé pour une société anonyme ou en société en commandite par actions. »**

Art. 308bis-16

L'article 308bis-16 n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

La CDEB propose d'arrêter l'état comptable (résumant la situation active et passive) à une date ne remontant pas à plus de six mois (au lieu de trois mois). Par ailleurs, il lui paraît utile de préciser que ce délai court à partir de la date de l'assemblée générale statuant sur la transformation.

Il convient également de donner la possibilité aux associés de renoncer à l'établissement de cet état comptable.

La SCDS fait siennes les propositions de la CDEB.

Partant l'article 308bis-16 aura la teneur suivante :

« Art. 308bis-16.- Préalablement à la transformation, est établi un état résumant la situation active et passive de la société, arrêté à une date ne remontant pas à plus de ~~trois mois~~ six mois précédant la date de l'assemblée générale appelée à statuer sur la transformation, étant entendu que si les derniers comptes annuels se rapportent à un exercice dont la fin est antérieure de moins de six mois à la date de l'assemblée se prononçant sur cette transformation, ces comptes annuels serviront d'état résumant la situation active et passive de la société.

Au cas où les articles 308bis-17 à 308bis-19 ne sont pas applicables en vertu des dispositions de l'article 308bis-15, l'état comptable prévu à l'alinéa précédent ne sera pas requis si tous les associés et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote en ont ainsi décidé.

Lorsque dans des sociétés autres que les sociétés en nom collectif, les sociétés coopératives à responsabilité illimitée, les sociétés civiles et les groupements d'intérêt économique, l'actif net est inférieur au capital social repris dans l'état précité, l'état mentionnera en conclusion le montant de la différence.

Dans les sociétés en nom collectif, les sociétés coopératives à responsabilité illimitée, les sociétés civiles et les groupements d'intérêt économique, cet état indique quel sera le capital social de la société après sa transformation. Ce capital ne pourra être supérieur à l'actif net tel qu'il résulte de l'état précité. »

Art. 308bis-17

L'article 308bis-17 n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

Selon la CDEB, il ne paraît pas souhaitable de permettre la transformation sur base du rapport d'un simple commissaire aux comptes plutôt que d'un réviseur d'entreprises agréé lorsqu'un tel rapport est requis par l'article 308bis-15. Dès lors, la CDEB propose d'aligner les dispositions relatives à la transformation sur celles similaires concernant la fusion.

La SCDS approuve ces propositions de modifications.

Partant l'article 308bis-15 sera libellé comme suit :

« **Art. 308bis-17.- Le commissaire ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, un**Un réviseur d'entreprises **agréé** désigné par l'organe de gestion ou, dans les sociétés en nom collectif, les sociétés coopératives à responsabilité illimitée, les groupements d'intérêt économique et les sociétés civiles, par l'assemblée générale, fait rapport sur cet état et indique notamment s'il y a eu surestimation de l'actif net.

Si, au cas visé dans l'article 308**bis**-16, alinéa 2, l'actif net est inférieur au capital repris dans l'état résumant la situation active et passive de la société, le rapport mentionnera en conclusion le montant de la différence. »

Art. 308bis-18

L'article 308bis-18 n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

Comme pour l'état comptable visé à l'article 308bis-16, la CDEB propose de donner aux associés la possibilité de renoncer à l'établissement du rapport justificatif de l'organe de gestion.

La SCDS approuve cette approche.

Dès lors, l'article 308bis-18 aura la teneur suivante :

« **Art. 308bis-18.- Sauf renonciation par tous les associés, la**La proposition de transformation fait l'objet d'un rapport justificatif établi par l'organe de gestion et annoncé dans l'ordre du jour de l'assemblée appelée à statuer. A ce rapport est joint l'état résumant la situation active et passive de la société **ou les derniers comptes annuels, selon le cas.** »

Art. 308bis-19

L'article 308bis-19 n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

Les modifications proposées par la CDEB tiennent à la simplification des formalités et constituent un parallèle avec les dispositions similaires applicables en cas de fusion.

La SCDS décide de reprendre ces modifications.

Partant, l'article 308bis-19 aura la teneur suivante :

« Art. 308bis-19.- Une copie du rapport de l'organe de gestion et du rapport du commissaire ou du réviseur d'entreprise, selon le cas, ainsi que le projet de modifications aux statuts sont annexés à la convocation des associés en nom, des membres du groupement d'intérêt économique ou des associés d'une société coopérative à responsabilité illimitée ou d'une société civile.

Ils sont également transmis sans délai aux personnes qui ont accompli les formalités requises par les statuts pour être admises à l'assemblée.

Tout associé ou tout autre personne **autorisée par la loi à assister à l'assemblée et** ayant accompli les formalités requises par les statuts pour être admise à **l'assemblée celle-ci** a le droit d'obtenir gratuitement, **sur la production de son titre,** quinze jours avant l'assemblée, **un exemplaire de ces documents lorsqu'ils sont requis,** **une copie de l'état comptable ou des derniers comptes annuels, une copie du rapport de l'organe de gestion et du rapport du réviseur d'entreprise agréé, ainsi que le projet de modifications aux statuts.** »

Art. 308bis-20

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

La SCDS propose en outre d'apporter une modification de forme au libellé.

Partant, l'article 308bis-20 sera libellé comme suit :

« Art. 308bis-20.- L'absence de l'un des rapports prévus aux requis en vertu des articles 308bis-17 et 308bis-18 entraîne la nullité des la décisions de l'assemblée générale. »

Art. 308bis-21

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant au paragraphe 1^{er}. Concernant les assemblées générales statuant sur la transformation, selon la CDEB, il paraît souhaitable d'imposer les conditions de quorum et de majorité identiques à celles applicables à la modification des statuts dans les sociétés concernées.

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

Concernant les parts bénéficiaires, la CDEB est d'avis qu'il conviendra de suivre ce que les statuts prévoient. La SCDS est d'accord avec cette approche et décide par conséquent de les supprimer du paragraphe (1). Toutefois, il est proposé de préciser au paragraphe 2 que s'il existe plusieurs catégories d'actions ou parts, représentatifs ou non du capital, et que la

transformation entraîne une modification de leurs droits respectifs, l'article 68 est applicable. A cet égard, il est rappelé, qu'en réponse au Conseil d'Etat, la SCDS a décidé de laisser l'article 68 dans sa rédaction actuelle. Ainsi, ce nouveau paragraphe 2, qui est calqué sur le paragraphe 5 de l'article 263 applicable en matière de fusion, permet d'assurer une certaine protection des détenteurs de parts bénéficiaires tout en prévoyant qu'une modification des droits respectifs puisse se décider moyennant une majorité dans chaque catégorie d'actions.

La CDEB propose de supprimer le paragraphe 3.

Au regard du nouveau paragraphe 3 (paragraphe 4 initial), il convient de préciser que, comme pour les sociétés en commandité par actions, en cas de transformation en société en commandite simple il n'y a pas lieu de requérir l'accord unanime de tous les associés (commandités et commanditaires). L'accord unanime des associés commandités sera suffisant.

Dès lors, l'article 308bis-21 sera libellé comme suit :

« Art. 308bis-21.- (1) Sans préjudice des dispositions particulières énoncées dans le présent article et sous réserve de dispositions statutaires plus rigoureuses, l'assemblée générale ne peut décider de la transformation de la société que dans le respect des règles de présence et de majorité suivantes:

1° ceux qui assistent à la réunion doivent représenter, d'une part, la moitié du capital social et, d'autre part, s'il en existe, la moitié du nombre total des parts bénéficiaires;

21° a) une proposition de transformation n'est acceptée que si elle réunit les conditions de présence et de majorité prévues pour la modification des statuts;

b) nonobstant toute disposition contraire des statuts, les parts bénéficiaires donneront droit à une voix par titre;

2°e dans les sociétés en commandite simple et dans les sociétés coopératives, le droit de vote des associés est proportionnel à leur part dans l'avoir social et le quorum de présence se calcule par rapport à cet avoir social.

(2) S'il existe plusieurs catégories d'actions ou parts, représentatifs ou non du capital, et que la transformation entraîne une modification de leurs droits respectifs, l'article 68 est applicable.

S'il existe plusieurs catégories d'actions ou de parts et si la transformation entraîne une modification de leurs droits respectifs, l'assemblée générale ne pourra valablement délibérer et statuer que si elle réunit dans chaque catégorie les conditions de présence et de majorité fixées par le paragraphe (1).

(3) En cas de transformation en société anonyme d'une société en commandite par actions ou d'une société coopérative, il doit être convoqué une seconde assemblée générale, si le quorum de présence visé au paragraphe (1), 1°, n'est pas atteint.

La seconde assemblée délibère valablement, quelle que soit la portion du capital et le nombre de parts bénéficiaires, s'il y en a, représentée.

(43) La transformation d'une société en commandite simple ou d'une société en commandite par actions, requiert en outre l'accord de tous les associés commandités.

Pour la transformation en société en commandite par actions **ou en société en commandite simple**, l'accord de tous les associés désignés en qualité de commandités est requis.

(54) L'accord de tous les associés est également requis:

1° pour la décision de transformation en société en nom collectif, en société en commandite simple, en groupement d'intérêt économique ou en société civile;

2° pour la décision de transformation en société coopérative à responsabilité illimitée d'une société en commandite simple, d'une société en commandite par actions, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société anonyme;

3° pour la décision de transformation d'une société en nom collectif, d'une société coopérative à responsabilité illimitée, d'un groupement d'intérêt économique ou d'une société civile;

4° si les statuts prévoient qu'elle ne pourra adopter une autre forme. Une telle clause des statuts ne peut être modifiée que dans les mêmes conditions;

5° pour la décision de transformation d'une société par actions simplifiée.

(65) Dans les sociétés coopératives, chaque associé a la faculté, nonobstant toute disposition contraire des statuts, de démissionner à tout moment au cours de l'exercice social et sans avoir à satisfaire à aucune autre condition, dès la convocation de l'assemblée générale appelée à décider la transformation de la société.

La démission doit être notifiée à la société par lettre recommandée à la poste déposée cinq jours au moins avant la date de l'assemblée. Elle n'aura d'effet que si la proposition de transformation est adoptée.

Les convocations à l'assemblée reproduisent le texte du présent paragraphe, alinéas 1 et 2. »

Art. 308bis-22

L'article 308bis-22 n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

Dès lors le libellé, tel que prévu par le projet de loi, est maintenu.

Art. 308bis-23

L'article 308bis-23 n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat. Un amendement parlementaire propose de supprimer l'alinéa 4 comme conséquence de la suppression de l'alinéa 2 de l'article 9 par la loi du 20 avril 2009.

Tel que proposé par la Chambre de Commerce il paraît souhaitable à la CDEB de laisser la possibilité d'effectuer une transformation par acte sous seing privé dans la mesure où les deux formes de sociétés concernées peuvent être constituées par acte sous seing privé. En outre la CDEB propose de préciser que le rapport mentionné est établi par un réviseur d'entreprises agréé.

Selon la CDEB, le troisième alinéa relatif au dépôt des mandats authentiques et des rapports est inutile. Le notaire rédacteur d'actes ou les parties à l'acte sous seing privé se conformeront aux pratiques actuelles pour ce type d'acte et de rapport.

La SCDS approuve ces propositions de modifications.

Partant, l'article 308bis-23 aura la teneur suivante :

« **Art. 308bis-23.-** La transformation est, à peine de nullité, constatée par un acte authentique, **sauf le cas d'une transformation entre deux formes de sociétés ou groupements qui peuvent être constitués par acte sous seing privé.** ~~Cet~~ **L'acte de transformation** reproduit **le cas échéant** la conclusion du rapport établi par le ~~commissaire ou le~~ réviseur **d'entreprises agréé.**

L'acte de transformation est publié en entier et les statuts sont publiés simultanément, en entier ou par extraits, conformément aux articles 5 à 9.

~~Les mandats authentiques ou privés sont, ainsi que le rapport du réviseur, déposés en expédition ou en original en même temps que l'acte auquel ils se rapportent. Ils ne sont pas soumis à publication.~~

La transformation est opposable aux tiers aux conditions prévues à l'article 9.

En cas de transformation en groupement d'intérêt économique, l'article 7 de la loi modifiée du 25 mars 1991 sur les groupements d'intérêt économique est applicable. »

Art. 308bis-24

L'article 308bis-24 n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

La modification proposée découle de la terminologie nouvellement utilisée dans la loi en matière d'apports en nature.

Dès lors, l'article 308bis-24 sera libellé comme suit :

« **Art. 308bis-24.-** Les dispositions relatives à la spécification et au contrôle des apports ~~ne consistant pas en numéraire en nature~~, à la responsabilité des fondateurs ou des gérants en cas d'augmentation du capital ou de constitution de la société au moyen de souscriptions ne sont pas applicables à la transformation en société à responsabilité limitée, en société coopérative à responsabilité limitée, en société anonyme ou en société en commandite par actions. »

Art. 308bis-25

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

Selon la CDEB, dans la mesure où une transformation est permise avec un actif net inférieur au capital social minimum, il n'y a pas lieu d'imposer une responsabilité spécifique pour une différence entre l'actif net et le capital social minimum. Cette différence résultera de l'état résumant les actifs et passifs de la société et sera le cas échéant confirmée par le rapport du commissaire ou du réviseur d'entreprises et l'organe de gestion de la société aura l'obligation d'appliquer les dispositions concernées dans ce genre de situation. La transformation n'en sera pas interdite pour autant.

Il n'y a pas lieu non plus de créer une responsabilité spécifique dans le cadre de la nullité. Une telle responsabilité n'existe pas dans le cadre d'autres nullités dans la loi sur les sociétés commerciales et suit donc le régime de droit commun. Il y a lieu de faire de même dans le cadre des transformations.

La SCDS fait siennes ces propositions de modifications.

Partant, l'article 308bis-25 aura la teneur suivante :

« **Art. 308bis-25.-** Les associés ou membres d'une société en nom collectif, d'une société coopérative à responsabilité illimitée, d'un groupement d'intérêt économique ou d'une société civile et les membres de l'organe de gestion de la société à transformer sont tenus, solidairement ou conjointement selon le cas, envers les intéressés, malgré

toute stipulation contraire de la surévaluation de l'actif net apparaissant à l'état prévu à l'article 308bis-16.:

1° de la différence éventuelle entre l'actif net de la société après transformation et le capital social minimum prescrit par la présente loi;

2° de la surévaluation de l'actif net apparaissant à l'état prévu à l'article 308bis-16.;

3° de la réparation du préjudice qui est une suite immédiate et directe soit de la nullité de l'opération de transformation en raison de la violation des règles prévues aux articles 12ter, paragraphe (1), 1) ou 2), (2), 1), (3), alinéa 1er, 2) et (4), alinéa 1er, 2), 14bis, alinéa 1er, 1) à 3), 16bis, alinéa 1er, 1) à 3) et 115, paragraphe (2), 1° à 3°, appliquées par analogie, ou à l'article 308bis-23, alinéa 1er, soit de l'absence ou de la fausseté des énonciations prescrites par les articles 184, alinéa 1er, en tant que se référant à l'article 27, à l'exception du point 9) et 308bis-23, alinéa 2.:"

Art. 308bis-26

L'article 308bis-26 n'appelle pas d'observations de la part du Conseil d'Etat.

Art. 308bis-27

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

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

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

En réponse aux observations du Conseil d'Etat, la SCDS propose de supprimer l'article 308bis-27.

Insertion d'un point supplémentaire 74bis

Selon la SCDS, il convient également de préciser le régime de la transformation d'une société civile en société en commandite spéciale afin de répondre à une problématique qui se pose en pratique.

En effet, la SCDS constate que l'article 148ter, introduit par la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, vise seulement la transformation d'une société commerciale dotée de la personnalité juridique en société en commandite spéciale. Se pose donc la question de la possibilité pour une société civile de se transformer en société en commandite spéciale. A cet égard, il est indiqué que l'article 3, rédigé

antérieurement à la loi du 12 juillet 2013, vise la transformation de la société civile en société commerciale dotée de la personnalité juridique. Il est aussi rappelé que l'esprit dudit article 3 est d'encourager la transformation des sociétés civiles en sociétés commerciales. Par conséquent, la SCDS décide de prévoir spécifiquement à l'article 148ter cette possibilité pour une société civile de se transformer en une société en commandite spéciale.

A cet égard, il est proposé de modifier l'art. 148ter par le biais d'un nouveau point 74bis libellé comme suit :

74bis) L'article 148ter est remplacé par la disposition suivante :

« **Art. 148ter.**- Par dérogation aux dispositions de l'article 147 et du premier alinéa de l'article 148, lorsque les actionnaires ou les associés d'une société civile ou commerciale dotée de la personnalité juridique auront décidé à l'unanimité de continuer leur société au sein d'une société en commandite spéciale, qui reprendra l'entièreté de la situation active et passive, les liquidateurs pourront répartir entre les actionnaires ou les associés les parts d'intérêts dans la société en commandite spéciale sans devoir préalablement rembourser les obligations ou consigner les sommes nécessaires à ce remboursement, la société en commandite spéciale étant tenue directement de l'exécution des obligations de la société commerciale, de la même manière que celle-ci y était tenue, toutes les garanties spéciales étant maintenues au profit des créanciers. »

Point 105) Article 309

La commission parlementaire propose, par le biais d'un amendement parlementaire, d'insérer à l'article 309 la société par actions simplifiée afin que cette forme de société soit également obligée de déposer ses comptes annuels et, le cas échéant, ses comptes consolidés au registre de commerce et des sociétés.

Or, le Conseil d'Etat remarque que cet article ne traite pas de la publication mais de l'établissement de ces comptes. C'est l'article 75 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales qui impose le dépôt. Sous réserve de redresser le texte sous examen en conséquence, le Conseil d'Etat y marque son accord. Or, la SCDS note que l'article 75 est de toute manière applicable via l'article 101-18.

Point 106) Article 339

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

Toutefois, la SCDS ne saisit pas la pertinence de cet ajout et propose de supprimer ce point.

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

Articles 68 et 69

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire ni quant au texte ni quant aux amendements relatifs aux articles 68 et 69 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales.

Cependant, l'article III est devenu superfétatoire avec la refonte globale du droit comptable envisagé par le Ministre de la Justice et annoncé avec le dépôt du projet de loi 6718 (voir exposé des motifs).

Partant, la SCDS décide de supprimer l'article III et de renuméroter l'article subséquent.

Nouvel article III (Article IV initial) (Disposition particulière habilitant le Grand-Duc à coordonner le texte de la présente loi)

Le projet de loi initial prévoyait une disposition particulière habilitant le Grand-Duc à codifier par voie réglementaire le droit des sociétés.

Or, la commission parlementaire a estimé en 2009 que « (...) cet article IV n'est pas acceptable comme tel.

En effet la manière de procéder visée à l'article IV comprend une insécurité juridique non négligeable: le pouvoir exécutif peut certes modifier la forme des dispositions du droit des sociétés sans en toucher le fond. Des modifications même apparemment de pure forme peuvent avoir des répercussions sur le fond et donc être inapplicables parce que ne tombant pas dans l'habilitation donnée à l'article IV.

Il en va notamment ainsi des modifications de syntaxe, d'orthographe ou de vocabulaire. L'habilitation contenue à l'article IV est bien trop large pour être source d'interprétation voire d'insécurité juridique.

Une codification par voie légale écarterait cette tare. La codification du droit du travail a été faite par voie législative. Celle du droit des sociétés doit l'être également.

La proposition d'amendement reprend l'article 119 de la loi modifiée du 6 décembre 1991 sur le secteur des assurances tel qu'il y fut introduit par une loi du 5 décembre 2007. »

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

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

L'article III est libellé comme suit:

„Art.III.- Disposition particulière

Le Grand-Duc est habilité à coordonner le texte de la présente loi. La numérotation des parties titres, chapitres, articles, paragraphes et alinéas, même non modifiés, pourra être changée.

Le Grand-Duc est habilité à adapter les références y contenues. Les coordinations porteront l'intitulé suivant: „Loi coordonnée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales“.

Nouvel article IV (Article V initial) (Dispositions transitoires)

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

Toutefois, selon la SCDS, l'inversion des deux alinéas rendrait le point 1) illogique, puisque l'alinéa 2 contient le principe et l'alinéa 3 le cas particulier.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant au point 2.

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

En réponse au Conseil d'Etat, la SCDS propose de réintroduire le point 3, à l'exception de la dernière phrase.

Partant, l'article IV aura la teneur suivante :

« Art. IV.– Dispositions transitoires

1) Les sociétés antérieurement constituées doivent adapter leurs statuts aux dispositions de la présente loi dans un délai de vingt-quatre mois à compter de son entrée en vigueur. Dans l'intervalle, ces sociétés demeurent régies par les dispositions législatives et réglementaires antérieures.

Les décisions d'adaptation sont prises dans les formes et sont sujettes aux publications requises pour la modification des statuts.

Toutefois lorsqu'une modification des statuts s'impose en raison du seul fait que ceux-ci font référence à une disposition abrogée ou dont la numérotation a été changée par l'effet de la présente loi, l'organe de gestion est habilité à procéder aux modifications nécessaires.

A défaut d'adaptation des statuts, les clauses statutaires contraires aux dispositions de la présente loi seront réputées non écrites et les dispositions impératives de celle-ci seront applicables.

2) Les sociétés coopératives constituées avant l'entrée en vigueur de la présente loi bénéficient, en l'absence de dispositions statutaires relatives à leur durée, de la disposition contenue à l'article 117, 1°, de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

3) Les sociétés au sein desquelles, au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, est institué un organe de gestion qui porte le nom de „comité de direction“, doivent endéans le délai fixé en 1), se conformer aux dispositions des articles 60-1, 60-2 et 191bis, paragraphe (5) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. A l'expiration de ce délai, les comités de direction non adaptés sont supprimés de plein droit.

*

Article 1853 du Code civil

En outre, la CDEB propose d'insérer un troisième alinéa à l'article 1853 du Code civil afin d'introduire en droit luxembourgeois les « *tracking shares* ».

La SCDS approuve cette proposition qu'elle décide de reprendre sous l'article 1, point 2 du projet de loi.

Le troisième alinéa de l'article 1853 du Code civil sera libellé comme suit :

« Lorsqu'il existe plusieurs catégories de parts, le contrat social peut lier leurs droits financiers respectifs à la performance d'un ou plusieurs actifs ou activités de la société. »

Commentaire

Les *tracking shares*, encore appelées *tracking stocks*, actions traçantes ou actions reflet, sont des titres de capital dont les droits financiers sont fonction des performances d'actifs, d'une activité spécifique ou d'activités spécifiques, clairement identifiés, au sein d'une société.

Elles représentent une quote-part du capital de l'émetteur et confèrent à leurs détenteurs des droits comparables à ceux attribués aux actions ordinaires, excepté une participation aux bénéfices et aux pertes de l'activité suivie.

La pratique des *tracking shares* est bien connue dans les marchés financiers américains mais aussi européens, et notamment dans les marchés financiers français. En effet, plusieurs opérations employant des actions traçantes ont été effectuées en France dès la fin des années 1990, et la pratique a donné lieu à un rapport de la Commission des opérations de bourse (COB) en 2000. Ce rapport contenait une analyse complète de la pratique et notamment en affirmait la légalité et la compatibilité avec certains principes fondamentaux du droit des sociétés tels que la prohibition des clauses léonines, le respect de l'égalité entre actionnaires, la notion de *l'affectio societatis* et l'unicité du patrimoine social.

Les *tracking shares* ont depuis longtemps fait leur apparition dans la pratique luxembourgeoise. Cette pratique est notamment inspirée et légitimée par les développements de la pratique du droit en France. En effet, et sans entrer dans les détails, les points suivants soutiennent cette conclusion par rapport aux principes ci-dessus mentionnés:

- tout d'abord, quant au principe même de ces actions ou parts, la loi luxembourgeoise n'interdit par aucune disposition la possibilité d'émettre des actions ou parts traçantes dont la valeur et le revenu dépendent d'actifs spécifiques. L'article 1853 du Code civil précise bien que "*lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société*", ce qui, *a contrario*, consacre la liberté d'aménagement des parties en la matière.
- concernant l'article 1855 du Code Civil et la prohibition des clauses léonines, les actions ou parts traçantes ne sont pas par principe des mécanismes qui priveraient certains actionnaires des bénéfices ou ne leur en donneraient qu'une partie insignifiante. En effet, elles ne visent qu'à permettre à certains actionnaires ou associés de miser sur la performance de certains actifs ou activités déterminés. S'il est vrai qu'en cas de mauvaise performance pendant une année aucun bénéfice ne sera distribué sur ces actions ou parts même si la société a réalisé un profit, il s'agit là d'une conséquence, librement acceptée, de la nature spécifique de ces titres, mais

non pas d'une volonté de les priver de toute participation aux bénéfices. Bien entendu, cette situation peut se renverser dans une année ultérieure.

- concernant l'égalité entre actionnaires, il faut également constater que la pratique des actions ou parts traçantes n'est pas en contradiction avec cette notion. En effet, cette égalité se situe plutôt dans la relation de la société avec les actionnaires ou associés, la société devant les traiter sur un pied d'égalité en absence de raisons de différenciation objectives. Mais ce principe n'interdit cependant pas de créer de telles différenciations objectives, librement acceptées par les actionnaires ou associés.

- concernant *l'affectio societatis*, tout en constatant que l'intensité de ce principe varie suivant les formes de sociétés et les catégories d'associés, les porteurs d'actions ou parts traçantes restent bien sûr impliqués dans la gestion de la société (notamment par l'exercice du droit de vote et des autres droits "politiques" attachés à leurs titres) et exposés aux aléas communs. Ils gardent également un intérêt à ce que la société soit rentable, les pertes de la société même dans des activités ou sur des actifs différents de ceux servant d'assiette à leurs titres pouvant affecter la capacité de distribution de la société, voire les actifs ou activités sous-jacents à leurs titres, étant donné que cette attribution de profits dans la sphère interne de la société n'affecte pas le recours des créanciers.

- et finalement, concernant le principe de l'unicité du patrimoine, les actions ou parts traçantes ne sont pas en contradiction avec la règle de l'unicité du patrimoine, étant donné que la division des activités de la société n'est pas opposable aux tiers, dont le recours n'est donc pas affecté.

Il résulte de ces développements que les *tracking shares*, telles qu'utilisées actuellement dans la pratique dans un grand nombre de sociétés, notamment dans le domaine des véhicules d'investissement du type *private equity*, ne sont pas en contradiction avec des principes fondamentaux du droit des sociétés luxembourgeois, et peuvent donc être reconnues comme valables.

Il n'en reste pas moins que dans le cadre de la présente réforme il est opportun de consacrer expressément cette possibilité par un texte positif du droit des sociétés luxembourgeois. Il est proposé d'insérer le texte dans le titre IX du Code civil, de sorte qu'il constitue le droit commun en matière de droit des sociétés et puisse donc s'appliquer à tous types de sociétés, civiles ou commerciales.

Le texte choisi a l'avantage de la concision, tout en laissant une grande marge de manœuvre à la société et à ses actionnaires ou associés.

Conformément à la pratique établie, il paraît opportun de prévoir que les actions ou parts traçantes soient établies sur base de dispositions statutaires, soit *ab initio*, soit introduites suite à une modification des statuts ou du contrat social. Il s'agira d'une catégorie ou classe spécifique d'actions ou de parts dont les droits seront déterminés par les statuts ou le contrat social. Ces dispositions devront déterminer avec une précision suffisante les règles de détermination et d'attribution des bénéfices, et notamment la délimitation des activités ou des actifs servant d'assiette aux actions ou parts traçantes. Cette approche offre une sécurité juridique aux actionnaires ou associés. Les statuts détermineront également les autres éléments du régime de ces titres, comme par exemple la durée éventuelle du caractère traçant, leur éventuelle conversion dans certaines situations ou encore la possibilité d'un rachat obligatoire par la société.

Il est approprié de permettre ce mécanisme dans l'ensemble des sociétés, aussi bien les sociétés de capitaux que les sociétés de personnes. D'un côté, même si l'on affirme parfois que *l'affectio societatis* est plus élevé dans ces dernières, il ressort des développements ci-dessus que le mécanisme en soi n'est pas contraire au principe en question. Et il y a lieu de constater que les sociétés de personnes, et notamment les SCS et SCS spéciales, depuis la réforme intervenue en 2013, sont très souvent utilisées pour la structuration de véhicules d'investissement, ce qui est un terrain de prédilection pour des "parts traçantes".

Article 199

Par ailleurs, la CDEB propose d'instaurer un régime de capital autorisé dans les SARL. Il est proposé de modifier l'article 199 de la loi du 10 août 1915 en ajoutant à la fin du texte actuel la phrase suivante :

«Les dispositions de l'article 32, paragraphe (2) et suivants sont applicables à la condition que les parts sociales ainsi émises le soient à des associés existants ou des personnes tierces ayant obtenu l'agrément conformément aux dispositions de l'article 189.»

Commentaire

L'article 32 (2) de la loi du 10 août 1915 permet aux sociétés anonymes (S.A.) d'augmenter le capital social dans le cadre de la procédure dite du « capital autorisé ». Cette possibilité est d'un intérêt certain pour les S.A. en ce qu'elle leur permet de réagir rapidement aux besoins de financement quand ils se présentent, sans devoir passer par les formalités de convocation aux assemblées d'actionnaires et des conditions de quorum et majorité requises pour les changements de statuts. À l'expérience, l'article 32 (2) a fait ses preuves dans la pratique des S.A. luxembourgeoises.

Pour les mêmes raisons que celles qui ont présidé à l'instauration du capital autorisé dans les S.A., il est prévu d'étendre expressément cette possibilité aux sociétés à responsabilité limitée (S.à.r.l.), ceci d'autant plus qu'un nombre croissant de S.à.r.l. prévoient déjà à l'heure actuelle des mécanismes assimilés dans leurs statuts. La seule spécificité propre à la S.à.r.l. dont il y a lieu de tenir compte ici résulte du caractère fermé de la S.à.r.l.

Il est rappelé que, lors de sa réunion du 12 février 2015, la SCDS avait déjà examiné cet article et adopté un nouveau libellé. La SCDS approuve, en plus des modifications déjà décidées, la proposition de la CDEB qu'elle décide de reprendre sous le point 99 du projet de loi qui sera donc libellé comme suit :

99) L'article 199 est remplacé par la disposition suivante :

Art. 199. Sauf dispositions contraires des statuts, les associés représentant les trois quarts du capital social peuvent modifier les statuts dans toutes les dispositions. Néanmoins l'augmentation des engagements des associés ne peut être décidée qu'avec l'accord unanime des associés.

Les statuts peuvent autoriser la gérance à transférer le siège social de la société d'une commune à une autre ou à l'intérieur d'une même commune et à modifier les statuts en conséquence.

Les dispositions de l'article 32, paragraphe (2) et suivants sont applicables à la condition que les parts sociales ainsi émises le soient à des associés

existants ou des personnes tierces ayant obtenu l'agrément conformément aux dispositions de l'article 189.»

**La seconde phrase de l'alinéa 1er de l'article 199 est modifiée comme suit:
Toutes autres modifications dans les statuts, sauf stipulation contraire, sont décidées par les associés représentant les trois quarts du capital social.“**

– un alinéa 2 nouveau est ajouté à l'article 199, rédigé comme suit:

Les statuts peuvent autoriser la gérance à transférer le siège social de la société d'une commune à une autre ou à l'intérieur d'une même commune et à modifier les statuts en conséquence.“

Articles 67-1 et 70

La SCDS propose d'examiner les propositions de modification de la CDEB concernant les articles 67-1 et 70 visant à simplifier les modes et les délais de convocation des assemblées générales.

Pour mémoire, ces articles ont été examinés lors de la réunion du 22 décembre 2014 (P.V. SCDS 07).

Dans son commentaire, la CDEB note que, dans le cadre de la modernisation des articles relatifs au mode de convocation des assemblées générales de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales, telle que modifiée (LSC), il convient de s'intéresser aux avancées dont ont pu bénéficier les sociétés cotées dans le cadre de la loi du 24 mai 2011 (la Loi) concernant l'exercice de certains droits des actionnaires aux assemblées générales de sociétés cotées et portant transposition de la directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées (la Directive).

En effet, la Loi s'inscrit directement dans le prolongement de la Directive ainsi que du plan d'action de la Commission européenne pour la modernisation du droit des sociétés et le renforcement du gouvernement d'entreprise dans l'Union européenne. En particulier, la Loi vise à favoriser et faciliter l'exercice du droit de vote des actionnaires de sociétés dont les actions sont admises à la négociation d'un marché réglementé quelque que soit le lieu de résidence de l'actionnaire¹, en favorisant le recours aux technologies modernes de communication. Ces mesures relatives à la convocation des assemblées générales des actionnaires dans les sociétés cotées pourraient être étendues, pour identité de motifs, aux sociétés dont les actions ne sont pas admises à la négociation d'un marché réglementé, en vue d'une meilleure participation aux assemblées générales ainsi qu'un renforcement du droit de vote effectif.

Dans le même ordre d'idées, il apparaît opportun de raccourcir certains délais de convocation, le recours aux technologies nouvelles de communication raccourcissant les délais pour toucher les actionnaires. Ceci concerne surtout l'exigence de double publication de 15 jours pour les assemblées générales extraordinaires dont le quorum n'aurait pas été atteint lors de la première convocation qui paraît excessive.

¹Voir travaux parlementaires sur le projet de loi n°6128, sessions 2009-2010, doc. parl. 6128/00.

Une simplification et uniformisation des délais devraient permettre une meilleure lecture et une utilisation plus facile par les sociétés lors de la préparation des assemblées générales. Comme les articles 67-1 et 70 édictent un ensemble de règles devant être respectées par la société à défaut de règles plus contraignantes prévues dans les statuts, il reste donc loisible aux actionnaires lors de la constitution de la société ou par la suite de prévoir des dispositions statutaires plus onéreuses en matière de convocation aux assemblées générales et de communication des documents.

La CDEB propose de modifier le paragraphe 2 de l'article 67 de la manière suivante :

« [...] (2) L'assemblée générale ne délibère valablement que si la moitié au moins du capital est représentée et que l'ordre du jour indique les modifications statutaires proposées, et le cas échéant, le texte de celles qui touchent à l'objet ou à la forme de la société. Si la première de ces conditions n'est pas remplie, une nouvelle assemblée peut être convoquée, dans les formes statutaires, par des annonces insérées **deux fois, à quinze jours d'intervalle au moins et** quinze jours **au moins** avant l'assemblée dans le Mémorial, ~~et dans un deux journal ux de Luxembourg ainsi que dans un autre média destiné au public.~~ Cette convocation reproduit l'ordre du jour, en indiquant la date et le résultat de la précédente assemblée. La seconde assemblée délibère valablement, quelle que soit la portion du capital représentée. Dans les deux assemblées, les résolutions, pour être valables, devront réunir les deux tiers au moins des voix exprimées. Les voix exprimées ne comprennent pas celles attachées aux actions pour lesquelles l'actionnaire n'a pas pris part au vote ou s'est abstenu ou a voté blanc ou nul.

Les convocations pour la seconde assemblée sont communiquées, quinze jours au moins avant l'assemblée, aux actionnaires en nom, dans les formes prévues à l'article 70.»

La SCDS approuve les propositions de modifications du 1^{er} alinéa, à l'exception des termes « **ainsi que dans un autre média destiné au public** » qu'elle propose de reprendre sous le point 45. En revanche elle décide de ne pas reprendre le deuxième alinéa tel que proposé par la CDEB.

En conséquence des modifications déjà adoptées le 22 décembre 2014, le point 45 aura la teneur suivante :

45) à l'article 67-1 sont apportées les modifications suivantes:

- le paragraphe (1) est modifié comme suit : « (1) Sauf dispositions contraires des statuts, l'assemblée générale extraordinaire, délibérant comme il est dit ci-après, peut modifier les statuts dans toutes les dispositions. Néanmoins **le changement de la nationalité de la société et** l'augmentation des engagements des actionnaires ne peuvent être décidés **es** qu'avec l'accord unanime des associés **et des obligataires.** »

— au paragraphe (1), alinéa 1er, les mots „le changement de la nationalité de la société et“ ainsi que „et des obligataires“ sont supprimés et par conséquent les mots „ne peuvent être décidés“ sont modifiés en „ne peut être décidée“. les termes „Sans préjudice de l'article 308bis-21, paragraphe (5), point 4°, et“ sont ajoutés en tant que début de phrase.

Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à transférer le siège social de la société d'une commune à une autre ou à l'intérieur d'une même commune et à modifier les statuts en conséquence. »

- le paragraphe (2) est modifié comme suit : « (2) L'assemblée générale ne délibère valablement que si la moitié au moins du capital est représentée et que l'ordre du jour indique les modifications statutaires proposées, et le cas échéant, le texte de celles qui touchent à l'objet ou à la forme de la société. Si la première de ces conditions n'est pas remplie, une nouvelle assemblée peut être convoquée, dans les formes statutaires, par des annonces insérées ~~deux fois, à quinze jours d'intervalle au moins et~~ quinze jours ~~au moins~~ avant l'assemblée dans le Mémorial, ~~et dans un deux~~ journal ~~ux~~ de Luxembourg ~~ainsi que dans un autre média destiné au public~~. Cette convocation reproduit l'ordre du jour, en indiquant la date et le résultat de la précédente assemblée. La seconde assemblée délibère valablement, quelle que soit la portion du capital représentée. Dans les deux assemblées, les résolutions, pour être valables, devront réunir les deux tiers au moins des voix exprimées. Les voix exprimées ne comprennent pas celles attachées aux actions pour lesquelles l'actionnaire n'a pas pris part au vote ou s'est abstenu ou a voté blanc ou nul.

~~**Les convocations pour la seconde assemblée sont communiquées, quinze jours au moins avant l'assemblée, aux actionnaires en nom, dans les formes prévues à l'article 70.»**~~

- le paragraphe (3) est abrogé.

En outre, la CDEB propose de modifier les alinéas 6 et 7 de l'article 70 comme suit (étant précisé que la modification proposée à l'alinéa 7 remplace sa proposition précédente) :

~~**« Les convocations sont communiquées, dans un délai de huit jours au moins avant l'assemblée aux actionnaires en nom. Cette communication se fait par lettre missive sauf si les destinataires ont individuellement accepté de recevoir la convocation moyennant un autre moyen de communication. Il ne doit pas être justifié de l'accomplissement de la formalité de l'envoi. Des lettres missives seront adressées, huit jours avant l'assemblée, aux actionnaires en nom, mais sans qu'il doive être justifié de l'accomplissement de cette formalité.»**~~

~~**Quand toutes les actions sont nominatives, la société peut se limiter à la communication convocations peuvent être faites uniquement par lettres recommandées à la poste sans préjudice d'autres moyens de communication acceptés individuellement par leurs destinataires. »**~~

La SCDS approuve ces propositions de modifications qu'elle propose de reprendre sous le point 47 (en remplacement du libellé adopté le 22 décembre 2014).

Partant le point 47 aura la teneur suivante :

47) 49) L'article 70 est remplacée par la disposition suivante :

« Art. 70. Il doit être tenu, chaque année, au moins une assemblée générale au Grand-Duché de Luxembourg dans la commune, aux jour et heure indiqués par

~~les statuts.~~ L'assemblée doit être tenue dans les six mois de la clôture de l'exercice et la première assemblée générale peut avoir lieu dans les dix-huit mois suivant sa constitution.

Le conseil d'administration, le directoire, selon le cas, ainsi que le conseil de surveillance et les commissaires sont en droit de convoquer l'assemblée générale. Ils sont obligés de la convoquer de façon qu'elle soit tenue dans le délai d'un mois, lorsque des actionnaires représentant le dixième du capital social les en requièrent par une demande écrite, indiquant l'ordre du jour.

Les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance, selon le cas, et les commissaires devront être convoqués aux assemblées qu'ils n'auront pas eux-mêmes convoqués et sont dans tous les cas habilités à participer à celles-ci. Les réviseurs d'entreprises agréés nommés par l'assemblée générale pourront être convoqués à participer aux assemblées. Ces convocations sont faites dans les formes et délais prescrits au présent article.

Lorsque, conformément à l'article 67, l'assemblée est tenue avec des actionnaires qui n'y sont pas physiquement présents, l'assemblée est réputée être tenue au lieu du siège de la société.

Si, à la suite de la demande formulée par des actionnaires selon l'alinéa 2, l'assemblée générale n'est pas tenue dans le délai prescrit, l'assemblée peut être convoquée par un mandataire désigné par le président du tribunal d'arrondissement, siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, à la requête d'un ou plusieurs actionnaires réunissant le pourcentage précité du capital social.

Un ou plusieurs actionnaires disposant ensemble de dix pour cent au moins du capital souscrit peuvent demander l'inscription d'un ou plusieurs nouveaux points à l'ordre du jour de toute assemblée générale. Cette demande est adressée au siège social par lettre recommandée cinq jours au moins avant la tenue de l'assemblée.

Les convocations pour toute assemblée générale contiennent l'ordre du jour et sont faites par des annonces insérées **quinze jours au moins deux fois à huit jours d'intervalle au moins et huit jours** avant l'assemblée, dans le Mémorial et dans un journal de Luxembourg.

Les convocations sont communiquées, dans un délai de huit jours au moins avant l'assemblée aux actionnaires en nom. Cette communication se fait par lettre missive sauf si les destinataires ont individuellement accepté de recevoir la convocation moyennant un autre moyen de communication. Il ne doit pas être justifié de l'accomplissement de la formalité de l'envoi.

~~Des lettres missives seront adressées, huit jours avant l'assemblée, aux actionnaires en nom, mais sans qu'il doive être justifié de l'accomplissement de cette formalité.~~

Quand toutes les actions sont nominatives, **la société peut se limiter à la les communication convocations peuvent être faites uniquement** par lettres recommandées **à la poste sans préjudice d'autres moyens de communication acceptés individuellement par leurs destinataires.** »

Article 73

La CDEB propose par ailleurs de modifier l'article 73 afin de moderniser la communication des documents. Pour mémoire, cet article a été examiné lors de la réunion du 8 janvier 2015 (P.V. SCDS 08).

La CDEB note que les actionnaires, convoqués à une assemblée générale, doivent pouvoir s'éclairer, autant que possible, avant de se présenter à l'assemblée générale, au cours de laquelle ils auront à prendre des décisions importantes et, plus particulièrement, statuer sur l'approbation des comptes annuels². De ce principe général, l'article 73 a établi deux corps de règles, l'un visant les documents devant être mis à disposition des actionnaires, et l'autre touchant précisément la manière de traiter les différents types d'actionnaires, qu'ils soient nominatifs ou au porteur. C'est ce deuxième volet de l'article 73 qu'il est proposé de modifier.

En effet, le but de l'article 73 est d'assurer une communication à tous les actionnaires indistinctement, quelle que soit la nature de leurs titres³. Néanmoins, dans l'hypothèse où des actions sont nominatives, le troisième alinéa contient une disposition supplémentaire contraignante, au seul bénéfice des actionnaires en nom, en disposant que « Les comptes annuels, de même que le rapport des commissaires ou du réviseur d'entreprises, le rapport de gestion et les observations du conseil de surveillance [...] » leur sont adressés personnellement « [...] en même temps que la convocation ».

L'article 73 opère donc une distinction dans le traitement des actionnaires en fonction de la nature de leurs titres : les actionnaires en nom recevront, sans devoir le demander, un ensemble de documents devant leur permettre d'assister à l'assemblée générale ; les actionnaires au porteur, par contre, n'obtiendront ces documents que suite à une démarche qu'ils auront entreprise.

Cette distinction, sans doute justifiée lors de l'adoption de la LSC, a perdu de sa pertinence en raison des règles et principes multiples requérant l'égalité entre les actionnaires. Par ailleurs, suite à l'adoption de la loi du 28 juillet 2014 relative à l'immobilisation des actions et parts au porteur et à la tenue du registre des actions nominatives et du registre des actions au porteur, le Luxembourg a fait un pas important vers la transparence en supprimant, du moins de manière relative, une des raisons d'être des actions au porteur, en l'occurrence l'anonymat.

Une uniformisation des règles par voie d'alignement sur ce qui est actuellement applicable aux actions au porteur est donc souhaitable. Comme l'article 73 n'édicte qu'un ensemble de règles devant être respectées par la société à défaut de règles plus contraignantes prévues dans les statuts, il reste donc loisible aux actionnaires lors de la constitution de la société ou par la suite de prévoir des dispositions statutaires plus onéreuses en matière de convocation aux assemblées générales et de communication des documents.

Il est par ailleurs proposé de fixer le délai minimal de consultation et de communication des pièces à huit jours, par souci de cohérence par rapport au délai de convocation prévu à l'article 70.

La CDEB propose donc de modifier l'article 73 de la manière suivante :

² Albert Nyssen, Avant-projet de loi sur les sociétés commerciales, 1884 ; Jean Corbiaux, Des sociétés commerciales, avant projet de loi, 1905.

³ Jean Corbiaux, op.cit et les références citées à la page 174.

« **Art. 73.- Huit Quinze** jours avant l'assemblée générale, les actionnaires peuvent prendre connaissance au siège social:

1. des comptes annuels et de la liste des administrateurs ou des membres du directoire et du conseil de surveillance, ainsi que de la liste des commissaires ou du réviseur d'entreprises agréé;
2. de la liste des fonds publics, des actions, obligations et autres titres de société qui composent le portefeuille;
3. de la liste des actionnaires qui n'ont pas libéré leurs actions, avec indication du nombre de leurs actions et celle de leur domicile;
4. du rapport de gestion du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, et des observations du conseil de surveillance y afférentes;
5. du rapport des commissaires ou du réviseur d'entreprises agréé ;
6. **en cas de modifications statutaires, du texte précis des modifications proposées et des statuts coordonnés en conséquence.**

~~**Les comptes annuels, de même que le rapport des commissaires ou du réviseur d'entreprises, le rapport de gestion et les observations du conseil de surveillance sont adressés aux actionnaires en nom, en même temps que la convocation.**~~

Tout actionnaire a le droit d'obtenir gratuitement, sur **demande et sur justification de son titre la production de son titre, huit** jours avant l'assemblée, un exemplaire **des comptes annuels, de même que le rapport des commissaires ou du réviseur d'entreprises, le rapport de gestion et les observations du conseil de surveillance un exemplaire des pièces mentionnées à l'alinéa qui précède.**

Le droit à communication des documents, appartient également à chacun des copropriétaires d'actions indivises, au nu-proprétaire et à l'usufruitier d'actions. Ils peuvent assister aux assemblées générales, mais avec droit de vote ou voix consultative seulement selon les cas. »

Dans la mesure où certaines vérifications restent à effectuer aux articles 67-1, 70 et 73, la SCDS décide de réexaminer les propositions de modification pour les articles 67-1, 70 et 73 lors d'une prochaine réunion.

2. Divers

Aucun point divers n'a été abordé.

Luxembourg, le 24 février 2015

Le secrétaire-administrateur,
Carole Cloener

Le Président,
Franz Fayot