



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

Procès-verbal de la réunion du 08 janvier 2015

Ordre du jour :

- 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

*

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

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

- 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****

Nouveau point 58) Articles 99

Le Conseil d'Etat marque son accord à voir ajouter la référence de l'article 1865*bis*, alinéas 2 et suivants à l'article 99, en indiquant que l'ajout fera bénéficier les créanciers de garanties supplémentaires, s'ils en demandent.

Nouveau point 59) Article 100

Les modifications proposées par le projet de loi concernent trois points :

- l'introduction de la notion d'„actif net réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social“ (cf. alinéa 1)
- l'introduction du rapport spécial, produit par le conseil d'administration ou le directoire (cf. alinéa 2), et
- l'introduction d'une présomption de lien de causalité entre la faute commise par le conseil d'administration ou le directoire (l'absence de convocation de l'assemblée générale) et le dommage subi par la société ou par les tiers (cf. alinéa 4 initial).

Le Conseil d'Etat marque son accord avec le nouvel alinéa 1.

Les alinéas 2 et 4 ont fait l'objet d'amendements. Le Conseil d'Etat approuve les précisions quant aux mesures de redressement à proposer par le conseil d'administration ou le directoire tout comme le rapport sur les causes de la situation, tel que proposé par la commission juridique. Le Conseil d'Etat ne comprend cependant pas pourquoi la commission parlementaire propose seulement une alternative par l'adjonction de la conjonction « ou ». Il est d'avis que les actionnaires seraient mieux informés par un rapport qui porterait tant sur les causes de la situation que sur les mesures de redressement à prendre.

L'amendement propose encore la suppression de l'obligation de respectivement annoncer ce rapport dans l'ordre du jour, de le tenir à la disposition des actionnaires quinze jours avant la date de l'assemblée générale et de l'adresser aux actionnaires en nom en même temps que la convocation. L'amendement est justifié par les amendements relatifs aux points 17 et 46 ci-avant. Dans ces amendements, il a été prévu que les actionnaires pourraient renoncer au préalable aux rapports qui doivent être à la disposition des actionnaires quinze jours avant la date de l'assemblée sous peine de nullité. Le Conseil d'Etat, plutôt que de voir le texte proposé par les auteurs du projet de loi être supprimé, préférerait une formulation identique quant à la disponibilité de ce rapport.

Enfin l'amendement propose de supprimer la présomption de lien de causalité. Le Conseil d'Etat ne se prononce pas sur cet amendement.

Or, le Ministère de la Justice désapprouve la suppression de l'alinéa 4 qui, selon lui, consiste dans la pièce maîtresse de la réforme, puisqu'à l'heure actuelle, en l'absence de l'introduction du lien de causalité, il n'existe pas de sanction. Selon la disposition actuelle de l'alinéa 3, « (...) *les administrateurs peuvent être déclarés personnellement et solidairement responsables envers la société de tout ou partie de l'accroissement de la perte* ». Etant précisé que l'infraction aux dispositions de l'article 100 est d'ores déjà couverte par l'article 59 qui concerne le régime de responsabilité de droit commun et qui dispose (dans sa version amendée) que : « (...) *Ils sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts sociaux(...)* ». On peut même considérer que l'article 100 est un tempérament à l'article 59. Il est renvoyé au commentaire de l'article 100 (cf. P. 94 et 95 du doc. parl. 5730¹) selon lequel « *Les seules originalités de la disposition de l'art. 100 par rapport au prescrit de l'art. 59 sont: le silence de l'art. 100 quant à la possibilité dont disposent certains administrateurs de pouvoir être déchargés de la responsabilité solidaire aux termes de l'art. 59 et le fait que l'art. 100 ouvre aux juges une faculté („peuvent“) de retenir une responsabilité à charge des administrateurs à concurrence d'un dommage dont la fixation du montant est également dépendante d'une certaine appréciation du juge („de tout ou partie de l'accroissement de la perte“). Cette disposition ne dispense toutefois pas le*

demandeur d'apporter la démonstration de l'existence d'un lien de causalité entre la faute (la non-convocation de l'assemblée) et le dommage.»

Suite à une discussion détaillée des différentes dispositions, la SCDS décide de :

- maintenir l'alinéa 1^{er} tel que proposé par le projet de loi ;
- reformuler légèrement la première phrase de l'alinéa 2 dans un esprit logique ; réintégrer la partie supprimée par amendement dans le 2^e alinéa, à l'exception de la dernière phrase ;
- prévoir un nouvel alinéa 3 qui dispose, à l'instar de la disposition du nouveau point 17 (article 32), comme le propose le Conseil d'Etat, que : « *L'absence de l'établissement du rapport prévu à l'alinéa 2 entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale, à moins que tous les actionnaires de la société n'y aient renoncé.* »
- maintenir la suppression du dernier alinéa et de réintégrer, à cet endroit, le 3^e alinéa actuel comme dernier alinéa du nouvel article 100. Les membres de la SCDS estiment en effet que l'introduction de la présomption du lien de causalité alourdit considérablement la responsabilité des membres du conseil d'administration ou du directoire et que dès lors, il est préférable de maintenir le régime actuel.

Partant, le nouveau point 59 sera libellé comme suit :

59 60) l'article 100 est remplacé par la disposition suivante:

« Art. 100.– Sauf dispositions plus rigoureuses des statuts, si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, convoquent, de façon qu'elle soit tenue dans un délai n'excédant pas deux mois à dater du moment où la perte a été constatée par eux ou aurait dû l'être, l'assemblée générale qui délibérera, le cas échéant dans les conditions de l'article 67-1, sur la dissolution éventuelle de la société et éventuellement d'autres mesures annoncées dans l'ordre du jour.

*Le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, **expose les causes de cette situation et** justifie ses propositions dans un rapport spécial tenu à la disposition des actionnaires au siège de la société quinze jours avant l'assemblée générale. S'il propose la poursuite des activités, il expose dans son rapport les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société ~~ou les causes de cette situation~~. **Ce rapport est annoncé dans l'ordre du jour. Tout actionnaire a le droit d'obtenir gratuitement sur la production de son titre, quinze jours avant l'assemblée, un exemplaire du rapport. Une copie en est adressée aux actionnaires en nom en même temps que la convocation.***

L'absence de l'établissement du rapport prévu à l'alinéa 2 entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale, à moins que tous les actionnaires de la société n'y aient renoncé.

Les mêmes règles sont observées si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social, mais en ce cas la dissolution aura lieu si elle est approuvée par le quart des voix émises à l'assemblée.

En cas d'infraction aux dispositions qui précèdent, les administrateurs ou les membres du directoire, selon le cas, peuvent être déclarés personnellement et solidairement responsables envers la société de tout ou partie de l'accroissement de la perte. »

Nouveau point 60) Insertion d'une section IVbis (Articles 101-18 à 101-32)

Le projet de loi, par le biais de l'insertion d'une nouvelle section IVbis, vise à introduire une société par actions simplifiée sur le modèle du droit français. Compte tenu des différences entre le droit français et le droit luxembourgeois en matière de sociétés, les textes d'inspiration française ont été adaptés à la situation luxembourgeoise. Ce type de société, caractérisé par une grande liberté contractuelle, a rencontré, depuis son introduction en France, un succès certain dans la pratique.

Pour le détail des articles, il est renvoyé aux commentaires pages 95 et suivantes du document parlementaire n° 5730¹.

Article 101-18

Les auteurs s'inspirent pour la définition de la société par actions simplifiée (SAS) de l'article 23 de la loi du 10 août 1915. Le Conseil d'Etat se demande pourquoi ils ne copient pas simplement cet article en précisant seulement les différences.

Toutefois, la SCDS, en accord avec le Ministère de la Justice, n'approuve pas cette proposition en notant que les écarts par rapport à la loi de 1915 sont justifiés dans le commentaire des articles.

Article 101-19

Le Conseil d'Etat approuve la décision de ne pas permettre à la SAS d'avoir recours à l'épargne publique. Il approuve aussi le texte de l'article amendé.

Article 101-20

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement du texte de l'article sous examen.

Cependant, la CDEB propose de supprimer l'article 101-20, en indiquant qu'il ne paraît pas nécessaire de soumettre la transformation de la société par actions simplifiée à d'autres formalités ou conditions que celles prévues aux articles 308bis-15 et suivants.

La SCDS, en accord avec le Ministère de la Justice, décide de suivre la CDEB.

Suite à la suppression de l'article 101-20, les articles subséquents sont renumérotés.

Nouvel Article 101-20

Cet article qui concerne la gestion de la SAS n'appelle pas d'observations.

Nouvel Article 101-21

Cet article a trait à la représentation de la SAS qui est assurée par un président (et non pas par un conseil d'administration).

Le libellé a été repris du droit français, sauf en ce qui concerne le premier alinéa concernant la représentation en justice et les exploits judiciaires.

Le Conseil d'Etat note que les auteurs ont ajouté la dernière phrase du dernier alinéa afin de préciser les pouvoirs du directeur général et du directeur général délégué. Il propose la

suppression de cette phrase, en signalant qu'il appartient aux statuts de déterminer les pouvoirs de ces représentants.

En réponse au Conseil d'Etat, le Ministère de la Justice rappelle le commentaire (cf. P. 98 du doc. parl. n°5730¹) d'après lequel « la dernière phrase proposée pour l'article 101-22 consiste en une clarification destinée à une bonne compréhension de la disposition dans le contexte du droit luxembourgeois. »

Il est dès lors proposé de maintenir cette phrase.

La SCDS propose de modifier la terminologie utilisée aux alinéas 4 et 5, en supprimant les termes « général ou de directeur général délégué » pour ne retenir que le terme « directeur ». L'occurrence de ce terme sera recherchée dans la loi de 1915 afin de réserver le terme « directeur » exclusivement aux SAS. Par conséquent, il convient de supprimer ce terme aux articles qui emploient cette terminologie dans un sens général, en l'occurrence aux articles 60 et 60bis-8. Les cas échéant, il faudra adapter certains articles lors du toilettage.

L'article 101-21 sera libellé comme suit :

*« **Art. 101-2122.**– La société est représentée à l'égard des tiers et en justice, soit en demandant, soit en défendant par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts. Les exploits pour ou contre la société sont valablement faits au nom de la société seule.*

Le président est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société dans la limite de l'objet social.

Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.

*Les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur **général ou de directeur général délégué**, peuvent exercer les pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article.*

*Les dispositions statutaires limitant les pouvoirs du président sont inopposables aux tiers. Le directeur **général et le directeur général délégué** disposent, à l'égard des tiers, des mêmes pouvoirs que le président. »*

Nouvel Article 101-22

Les auteurs se sont inspirés du texte français tout en y appliquant la modification introduite par la loi du 25 août 2006 obligeant la personne morale nommée administrateur d'une société anonyme à désigner un représentant permanent chargé de l'exécution de la mission en son nom et pour son compte (article 51bis de la loi du 10 août 1915). Cette proposition trouve l'assentiment du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement parlementaire consistant à remplacer le terme « dirigeant(s) » par celui de « directeur(s) ».

La SCDS approuve cette terminologie.

Nouvel Article 101-23

Le premier alinéa est une répétition de l'article 58 concernant la société anonyme; il ne suscite pas d'observation de la part du Conseil d'Etat.

Le deuxième alinéa renvoie aux règles de la responsabilité des administrateurs de la société anonyme. Un renvoi avec indication des articles pourrait provoquer une confusion avec les dispositions de l'article 101-18. Le Conseil d'Etat marque donc son accord avec un renvoi général aux règles de la responsabilité des membres du conseil d'administration ou du directoire des sociétés anonymes.

De plus, comme l'article 101-18 fait une référence à l'article 101-24, il y a lieu de faire désormais une référence à l'article 101-23 du fait de la suppression de l'article 101-20.

Nouvel Article 101-24

Les auteurs se sont référés pour les alinéas 1 et 2 à l'article L. 227-9 du Code de commerce français en ajoutant à la fin du 2^e alinéa un renvoi à l'article 1865*bis*, alinéa 2 et suivants du Code civil. Comme cet article 1865*bis* a une portée générale, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il est à supprimer pour être superfétatoire.

La SCDS, en accord avec le Ministère de la Justice approuve cette suppression, dans la mesure où l'applicabilité de l'article 1865*bis*, alinéa 2, est assurée par le renvoi de l'article 101-18 à l'article 99.

Un amendement parlementaire propose de suivre la proposition faite par la Chambre de commerce et de supprimer l'obligation d'une décision collective des associés pour l'augmentation, l'amortissement et la réduction du capital, afin de favoriser la variabilité de celui-ci. Le Conseil d'Etat désapprouve cette proposition qui touche à un élément essentiel de la société et concerne directement tant les actionnaires que les tiers.

La SCDS approuve la remarque du Conseil d'Etat et décide de réintégrer ces notions en rappelant que le mécanisme du capital autorisé peut continuer à être utilisé.

Le Conseil d'Etat propose de supprimer les qualificatifs "extraordinaires" et "ordinaires" utilisés à la première phrase du 2^e alinéa, en notant que l'adjonction des deux adjectifs n'ajoute rien au texte.

La SCDS fait sienne la remarque du Conseil d'Etat.

Le troisième alinéa autorise l'associé unique à déléguer ses pouvoirs. Le Conseil d'Etat s'interroge sur les responsabilités encourues mais n'a pas d'observation à faire quant à l'amendement du texte proposé.

Le dernier alinéa ne suscite pas d'observation, comme il est édicté dans un souci de la protection des intérêts de tout intéressé.

Dès lors, l'article 101-24 se lira comme suit :

*« **Art. 101-~~24~~25.**– Les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient.*

Toutefois, les attributions dévolues aux assemblées générales ~~extraordinaires et ordinaires~~, des sociétés anonymes, en matière **d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital**, de fusion, de scission, de dissolution, de transformation en une société d'une autre forme, de nomination de commissaires aux comptes, de comptes annuels et de bénéfices sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés. ~~L'article 1865bis, alinéas 2 et suivants, du Code civil est également applicable.~~

L'associé unique peut déléguer ses pouvoirs. Ses décisions sont inscrites sur ~~sur~~ un procès-verbal **ou établies par écrit**.

Nouvel Article 101-25

Estimant que l'amendement parlementaire introduit certaines contradictions, la SCDS juge préférable d'y renoncer et de reformuler l'article en s'inspirant du conflit d'intérêts en matière de sociétés anonymes.

Dès lors, le nouvel article 101-25 aura le libellé suivant :

« Art. 101-2526. - Lorsque le président a, directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération relevant de la sphère de ses pouvoirs, il est seulement fait mention dans un procès-verbal des opérations intervenues entre la société et son président ayant un intérêt opposé à celui de la société.

Lorsque la société est dotée en outre d'un ou plusieurs directeurs et que ce ou ces directeurs se trouvent placés dans l'opposition d'intérêts visée à l'alinéa 1er, la décision devra être prise par le président.

Il est spécialement rendu compte, à la première assemblée générale, avant tout vote sur d'autres résolutions, des opérations dans lesquelles le président, le ou les directeurs auraient eu un intérêt opposé à celui de la société.

Les dispositions des alinéas qui précèdent ne sont pas applicables lorsque les décisions du président, du ou des directeurs concernent des opérations courantes et conclues dans des conditions normales. »

Article initial 101-27

Le Conseil d'Etat estime que « Comme la SAS est souvent utilisée comme petite société anonyme à caractère familial et à actionnariat restreint, critères souhaités dès la constitution, les clauses d'inaliénabilité, du moins temporaire, constituent une certaine protection pour la société et son actionnariat. »

La CDEB propose d'aligner les régimes applicables aux sociétés anonymes et aux sociétés par actions simplifiées en matière de clauses d'inaliénabilité à des fins d'harmonisation par référence expresse à l'article 37, paragraphe 2.

Sur le principe, la SCDS est d'accord avec la CDEB, sauf qu'il est constaté qu'une référence expresse à l'article 37, paragraphe 2 n'est pas nécessaire en raison de son application par défaut par le biais de l'article 101-18.

Dès lors, l'article initial 101-27 est supprimé.

Article initial 101-28

Le Conseil d'Etat marque également et pour les mêmes raisons que ci-avant son accord avec la possibilité de limiter la cession des actions et de prescrire un droit de préemption. Il n'a pas d'observation à faire quant à la proposition de texte faite dans l'amendement parlementaire.

Sur base des mêmes arguments que ceux justifiant la suppression de l'article 101-27, la SCDS décide de supprimer cet article.

Article initial 101-29 -Nouvel Article 101-26

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la sanction de nullité d'une cession faite en violation des dispositions statutaires.

La SCDS décide de maintenir cet article

Article initial 101-30

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous les points 22 et 28. Si les statuts prévoient la possibilité évoquée dès la constitution de la société, les actionnaires ne peuvent pas se plaindre de l'obligation qui en découle, puisqu'ils ont souscrit les actions en toute connaissance de cause. On peut cependant s'interroger sur la situation des actionnaires qui se voient imposer cette obligation à la suite d'un changement des statuts opéré alors qu'ils avaient déjà acquis les actions. Le texte de l'article proposé ne dit rien sur les conditions minima pour imposer cette cession forcée. Le Conseil d'Etat se doit de renvoyer en tout cas à ses observations relatives à l'intérêt social de telles conditions.

La CDEB propose de reformuler les deux premiers paragraphes en les fusionnant et de supprimer tous les alinéas et paragraphes subséquents. Cette nouvelle disposition est motivée par le fait qu'elle tend à faciliter l'application de clauses d'exclusion ou de retrait. Il est toutefois observé que celles-ci sont possibles sans autorisation légale spécifique dans tout type de société commerciale et ne sont par conséquent pas réservées à la seule société par actions simplifiée.

Partant, il est décidé de supprimer l'article 101-30.

Article initial 101-31

Cet article est devenu sans objet suite à la suppression des articles 101-27, 101-28 et 101-30.

Nouvel Article 101-30

Cet article est devenu sans objet suite à la suppression des articles 101-27, 101-28 et 101-30.

Luxembourg, le 9 janvier 2015

Le secrétaire-administrateur,

Le Président,

