



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

Procès-verbal de la réunion du 04 septembre 2014

Ordre du jour :

1. Approbation du projet de procès-verbal de la réunion du 3 juillet 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 Léon Gloden
- Continuation de l'examen des articles (art. 11bis à 26-5 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales)
3. Divers

*

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

Excusés : M. Léon Gloden, Mme Viviane Loschetter

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

1. Approbation du projet de procès-verbal de la réunion du 3 juillet 2014

Pour ce qui est du 6^e tiret du point 3) – article 11bis à l'endroit des points 7) et 8) du paragraphe (1) relatif aux modalités d'exclusion, de retrait, de cession et de cession forcée dans le cadre de la société anonyme, il a été retenu lors de la réunion du 3 juillet 2014 que les membres de la sous-commission se renseigneront plus amplement avant tout progrès en la matière, alors que la Commission « droit économique » du Conseil de l'Ordre des avocats

du Barreau de Luxembourg (dénommée ci-après CDEB) n'a pas formulé d'observations quant aux amendements parlementaires tels que proposés.

Après consultation afférente avec des membres de la CDEB en amont de la présente réunion, il est proposé de reprendre le libellé tel que proposé par la Commission juridique dans les amendements du 7 mai 2009 et de ne pas légiférer expressément les modalités susmentionnées dans le cadre du projet de loi 5730. En effet, cette réglementation n'étant pas nécessaire au vu du fait qu'il est de pratique courante que lesdites modalités figurent *ab initio* dans les statuts de la société anonyme.

Les points 7) et 8) du paragraphe (1) du 6^e tiret du point 3) de l'article 11bis prennent par conséquent la teneur suivante :

« 7) L'extrait de la décision judiciaire ~~passée en force de chose jugée ou exécutoire par provision prononçant une exclusion ou un retrait en vertu des articles 98bis et 98ter ou 201bis et 201ter~~; réformant toute décision judiciaire exécutoire par provision visée aux points 5) et 6) ci-dessus.

M. le Président propose d'insérer, à l'antépénultième paragraphe de la page 6, le terme « *fréquemment* » dans le bout de phrase « (...) *cession forcée figurent **fréquemment** ab initio dans les statuts de la société concernée, (...)* ». De même, il suggère de supprimer le paragraphe suivant et de le remplacer par le texte suivant : « *Il est admis parmi les praticiens que ces mécanismes fonctionnent sous condition de figurer dans les statuts* »

Sous réserve des modifications susmentionnées, le projet de procès verbal de la réunion du 3 juillet 2014 est unanimement approuvé par les membres de la sous-commission.

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 4) – article 11ter

Alinéa 2

M. le Président rappelle qu'au cours de la réunion du 3 juillet 2014 il a été proposé par le représentant du ministère de la Justice de maintenir le texte initial du projet de loi et de ne pas faire explicitement de renvoi aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés européennes, alors que la disposition sous examen concerne toutes les sociétés (le renvoi aux sociétés anonymes couvrant *per se*¹ les sociétés en commandite par actions et les sociétés européennes), sans toutefois qu'une décision définitive n'a encore été prise à cet égard par la sous-commission. Dans ce contexte, il est aussi donné à considérer qu'il est préférable de veiller à une application uniforme de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Ainsi, dans un souci de cohérence, il est suggéré de ne pas faire de renvoi et ce notamment au vu du fait que les dispositions relatives aux sociétés anonymes sont également applicables aux sociétés en commandite par actions et aux sociétés européennes, sauf les exceptions prévues par la loi. Dès lors, il n'y pas de raison valable de mentionner les sociétés en question de manière explicite. **[Commentaire des articles]**

¹ cf. article 103 actuel de la loi modifiée de 1915

Les membres de la sous-commission font leur l'observation du représentant du ministère de la Justice.

Alinéa 1

Il a été retenu au cours de la réunion du 3 juillet 2014 de maintenir le bout de phrase « *dotée de la personnalité juridique* » tel que proposé par les auteurs du projet de loi.

Après un nouvel réexamen, le ministère de la Justice considère à présent qu'il serait préférable de supprimer le bout de phrase « *dotée de la personnalité juridique* ». Ainsi modifié, l'alinéa 1 vise également la société en commandite spéciale, à laquelle la loi ne reconnaît pas de personnalité morale. Il convient de noter que selon les dispositions actuelles de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, il est déjà expressément prévu que la société en commandite spéciale peut émettre des obligations². Ainsi, dans un souci de cohérence et afin de garantir une application uniforme de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, il serait préférable de ne pas mentionner une seconde fois qu'une telle émission est possible. Certes, si a priori cette proposition de texte permettrait également en théorie aux sociétés momentanées d'émettre des obligations, il est donné à considérer qu'une telle émission ne se concevrait pas sur le plan pratique.

Le représentant du ministère de la Justice donne à considérer qu'il convient de manière générale de différencier entre (1) l'émission d'obligation, pour laquelle les nouveaux articles 79 à 96 proposés de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales sont applicables (les articles 97 à 98 étant abolis par l'effet du présent projet), sauf dérogation dans l'acte d'émission³ et (2) l'émission d'autres titres de créance, pour lesquelles les nouveaux articles 79 à 96 proposés de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ne sont pas applicables par défaut.

La CDEB note à cet égard que concernant « *l'applicabilité des dispositions des articles 79 à 96 de la loi aux émissions d'obligations (les articles 97 à 98 étant abolis par l'effet du présent projet), la Commission Juridique maintient son approche de donner une grande liberté à la société émettrice, en ligne avec ce qui est déjà prévu par l'article 66 (1) de la loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation et qui n'a pas donné lieu à des difficultés particulières. La Commission Juridique ne partage pas les craintes du Conseil d'Etat. En effet il semble logique que les parties excluent les règles de représentation des obligataires du droit luxembourgeois dans une émission de droit luxembourgeois, elles les remplacent par d'autres dispositions appropriées telles que requises par les standards du marché. En ce qui concerne les émissions de droit étranger par des sociétés luxembourgeoises cette exclusion est déjà permise.* »

A noter que le Conseil d'Etat, tout en constatant que les nouveaux articles 79 à 96 proposés de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (*les articles 97 à 98 étant abolis par l'effet du présent projet*) assurent la représentation et les droits des porteurs d'obligations, « *s'interroge sur la sécurité de leurs créances si une société exclut l'applicabilité de ces dispositions sans organiser autrement leur représentation ou sans définir autrement leurs droits.* ». Ainsi, afin d'assurer la sécurité au sein de tels types de société, le Conseil d'Etat est d'avis que l'application de ces dispositions est obligatoire.

² Art. 22-1. (4) de la sous-section 2.- Des sociétés en commandite spéciale de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales : « *La société peut émettre des titres de créance* ».

³ Tel que prévu dans le projet de loi sous examen, à noter qu'à l'état actuel une telle dérogation est déjà possible pour les émissions de droit étranger par des sociétés luxembourgeoises.

La sous-commission, en accord avec le représentant du ministère de la Justice, partage l'avis de la CDEB et non pas la crainte soulevée par le Conseil d'Etat. Toutefois il y a lieu de préciser, qu'en cas de dérogation aux articles 79 à 96, une prestation conforme aux standards du marché doit en tout état de cause être obligatoirement assurée.

Etant donné qu'il est proposé de remplacer les termes « valeurs mobilières » par les termes « titres de créance », la précision apportée par les termes « autres que des actions ou des parts » devient superflue.

[Commentaire des articles]

De même, dans un souci de clarté, il est suggéré de scinder l'article 11ter initialement proposé et de faire sienne la proposition de la CDEB pour l'article 11quater :

-l'article 11ter nouveau est modifié comme suit :

« Toute société dotée de la personnalité juridique peut émettre des obligations.

~~L'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription, attachés ou non à des obligations, par des personnes morales autres que des sociétés anonymes, des sociétés européennes (SE) ou des sociétés en commandite par actions sont soumises aux dispositions légales concernant la de parts ou d'actions ou à celles concernant l'agrément de non-associés. Les mêmes dispositions s'appliquent en cas d'une cession entre vifs ou de transmissions pour cause de mort des obligations convertibles.~~

Les articles 79 à 98 96, à l'exception de l'article 94-2, alinéa 1er, 7) sont applicables à toute émission d'obligations visée au présent article, sauf dispositions contraires des statuts ou du contrat de l'acte d'émission.

Elles Ces dispositions peuvent par ailleurs être rendues applicables en tout ou en partie à toute émission de valeurs mobilières titres de créance autres que des actions ou des parts par des personnes morales sociétés de droit luxembourgeois ou étranger. Dans ce cas, les références au „conseil d'administration“ doivent être entendues comme visant, selon le cas, le ou les „gérants“ ou le „président“ et les références aux „actions“ doivent être entendues comme visant les „parts“. »

-Un article 11quater nouveau est inséré et libellé comme suit :

„L'émission d'obligations convertibles ou d'autres instruments donnant accès au capital (y compris des droits de souscription, attachés ou non à des obligations) par des sociétés autres que des sociétés anonymes sont soumises aux dispositions légales concernant la cession de parts ou d'actions ou à celles concernant l'agrément de non-associés. Les mêmes dispositions s'appliquent en cas d'une cession entre vifs ou de transmission à cause de mort. L'agrément peut être donné à l'avance à des non-associés déterminés ou déterminables dans la décision d'agrément, soit lors de l'émission des obligations ou instruments, soit à un moment ultérieur. Un tel agrément est irrévocable s'il est déclaré tel dans la décision d'agrément.“

Point 4bis) : article 12

L'amendement parlementaire consistant à ajouter, à l'endroit du premier alinéa, après l'expression « membres du directoire », la référence « ou président » n'appelle pas d'observation.

Point 5) : article 12ter

Point 2 du paragraphe (2)

Le rapporteur a noté que « pour la Commission juridique, à propos du point 2, du paragraphe (2), il y a nullité en l'absence **de tous les points énumérés** à l'article 8, alinéa 2. ». Le représentant du ministère de la Justice est toutefois d'avis qu'il y a nullité dès qu'un des points énumérés à l'article 8, alinéa 2 fait défaut.

Il se demande si, en tenant compte du commentaire du rapporteur, l'amendement parlementaire tel que libellé n'équivaut pas à ériger en une condition cumulative l'exigence de l'indication des points énumérés à l'article 8, alinéa 2⁴. Une telle approche n'est cependant pas partagée par le représentant du ministère de la Justice.

Afin d'éviter toute mésinterprétation, la sous-commission fait siennes les préoccupations soulevées par les représentants du ministère de la Justice, et propose par conséquent de reprendre le libellé comme suit :

«2) si l'acte constitutif ne contient aucune indication sur **les un ou plusieurs** points énumérés à l'article 8, alinéa 2 »

Point 4 du paragraphe (2)

Le CDEB estime qu' « il ne paraît pas nécessaire de réserver un sort différent aux clauses léonines dans les sociétés civiles par rapport aux sociétés commerciales. (...) Les rédacteurs du projet de loi initial justifient ceci par le fait que l'article 1855 du Code Civil devrait avoir un traitement particulier dans le cas d'une société civile, faute de quoi son statut serait énucléé. » Or, pour le CDEB, « il semble difficile aujourd'hui de faire une différenciation radicale entre sociétés civiles et commerciales en recourant, pour la société civile à la théorie générale des obligations, alors que l'on adopte une approche plus institutionnelle pour les sociétés commerciales. »

Tout en approuvant cette argumentation, et ceci notamment dans un souci de simplification, les membres de la sous-commission font leur la modification proposée par la CDEB qui prend la teneur suivante :

En cas de violation de l'art. 1855 du Code civil sauf si les clauses contraires à cette disposition n'apparaissent pas déterminantes du consentement des parties, auquel cas elles seront réputées non écrites. 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. »

Par ailleurs, la CDEB propose de remplacer au point 2) du paragraphe (3), de même qu'au point 2) du paragraphe (4), la référence à l'article 6 par une référence à l'article 4ter.

⁴ Article 8, alinéa 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales: « (L. 23 novembre 1972) Par dérogation au premier alinéa la publication de l'acte des sociétés civiles qui sont à considérer comme société familiale au sens de l'article III de la loi du 18 septembre 1933 ayant pour objet d'instituer la société à responsabilité limitée et d'apporter certains changements au régime légal et fiscal des sociétés commerciales et civiles, pourra se faire par un extrait à signer par les gérants, ou à leur défaut par tous les associés, et qui contiendra sous peine des sanctions établies à l'article 10:

la désignation précise des associés;

la dénomination de la société, ainsi que l'indication de son objet et celle du lieu où elle a son siège social;

la désignation des gérants ainsi que l'indication de la nature et des limites de leurs pouvoirs;

l'indication des valeurs fournies ou à fournir par chacun des associés avec évaluation précise des apports en nature;

l'époque où la société doit commencer et celle où elle doit finir. »

Toutefois, cet article 4ter est une nouvelle proposition de la CDEB et fera l'objet d'un examen ultérieur.

Il convient de noter que la Commission juridique a proposé d'ajouter les dispositions de l'article 14bis actuel et de l'article 16bis actuel en tant que nouveaux paragraphes (3) et (4) à l'article 12ter (amendement parlementaire du 7 mai 2009). La sous-commission maintient cette proposition. **Point 6) : article 12quater**

Point 6) : article 12quater, paragraphe (2)

Le représentant du ministère de la Justice fait valoir que la proposition de modification dans le projet de loi initial n'est plus pertinente, et ce au vu du fait que l'article sous examen a déjà fait l'objet d'une modification dans ce sens dans le cadre de la loi du 12 juillet 2013 portant introduction de la société en commandite spéciale.⁵ Il convient cependant de garder à l'esprit que les références faites dans l'article en question devront éventuellement être revues lors du toilettage.

Point 6) : article 12quater, paragraphe (3)

La sous-commission se rallie à la proposition de la CDEB de remplacer à l'article 12 quater paragraphe (3), la référence à « l'article 11 bis » par une référence à « l'article 11 ». Il s'agit du redressement d'une erreur de référence historique.

Point 7) : article 12 septies

La CDEB n'a pas formulé d'observations quant à l'article sous examen.

Le Conseil d'Etat est d'avis que les quatre premiers points, énumérant 4 hypothèses bien précises de cas de nullités des décisions prises en assemblée générale, sont superfétatoires et par conséquent à supprimer. En effet, lesdits points énumèrent des hypothèses qui, même sans ces dispositions, donneraient lieu à annulation.

La sous-commission décide de ne pas tenir compte des observations du Conseil d'Etat et de maintenir le libellé tel que proposé par les auteurs du projet de loi.

Il est à noter que les auteurs du texte se sont inspirés de la loi belge. Ceci comporte l'avantage de pouvoir puiser dans la jurisprudence et la doctrine belges. En outre, il est donné à considérer que comme il s'agit de dispositions communes de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, ces dispositions ne s'appliquent pas uniquement aux assemblées générales des actionnaires ou encore à celles des détenteurs de parts sociales, mais à celles des obligataires. Il s'ensuit que toutes les assemblées générales sont visées.

Paragraphe 2

Les membres de la sous-commission décident de maintenir l'amendement parlementaire insérant la phrase « *La nullité d'une décision d'assemblée générale doit être prononcée par une décision judiciaire* » en tant qu'alinéa 1^{er} au paragraphe (2).

⁵ « § 2. (L. 12 juillet 2013) La nullité pour vice de forme, par application de l'article 4 ou de l'article 12ter, alinéa 1er, 1) ou 2), d'une société dotée de la personnalité juridique, ainsi que la nullité pour vice de forme, par application de l'article 16, paragraphe (7), alinéa 1er, point a) ou de l'article 22-1, paragraphe (8), point a) d'une société en commandite spéciale, ne peuvent être opposées par la société ou par un associé aux tiers, même par voie d'exception, à moins qu'elle n'ait été constatée par une décision judiciaire publiée conformément au § 1er. »

Le Conseil d'Etat, qui n'a pas d'objection à formuler en ce qui concerne l'introduction de la phrase susmentionnée, suggère toutefois de faire de cette disposition un paragraphe séparé.

La sous-commission décide toutefois de ne pas suivre cette suggestion du Conseil d'Etat.

Les membres de la sous-commission proposent de supprimer l'alinéa 1^{er} du paragraphe (2) du texte tel que proposé par le Gouvernement libellé comme suit « (2) *Le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale prononce à la requête de tout intéressé la nullité d'une décision d'assemblée générale.* »

Paragraphe (3)

La proposition du Conseil d'Etat⁶ de supprimer le premier bout de la 2^e phrase du paragraphe (3) « *Si des motifs graves le justifient* », rencontre l'assentiment des membres de la sous-commission. De cette façon, le droit commun restera applicable. Il s'ensuit que le paragraphe (3) prend désormais la teneur suivante : « (3) *L'action en nullité est dirigée contre la société. Si des motifs graves le justifient, l Le demandeur en nullité peut solliciter en référé la suspension provisoire de l'exécution de la décision attaquée. L'ordonnance de suspension et le jugement prononçant la nullité produisent leurs effets à l'égard de tous.* »

Paragraphe (4)

Le Conseil d'Etat estime que les dispositions du paragraphe (4) sont contraires à la disposition du paragraphe précédent. « *En effet, si l'ordonnance de suspension et le jugement prononçant la nullité produisent leurs effets à l'égard de tous, il paraît étrange que la bonne foi d'un tiers puisse y faire exception et qu'un tribunal puisse valider la décision nulle erga omnes à son égard et, qui plus est, sous réserve du droit du demandeur à des dommages-intérêts. Le Conseil d'Etat est d'avis qu'une pareille situation doit être réglée par une indemnisation du tiers de bonne foi, à moins que la société ne ratifie sa décision nulle conformément à la loi et aux statuts.* »

Le représentant du ministère de la Justice ne partage pas l'avis du Conseil d'Etat, estimant que le texte est en ligne avec le texte belge et qu'un écart devrait être justifié afin d'éviter des découpages du droit belge. En effet, le paragraphe (4) ne constitue qu'une exception au paragraphe (3).

La sous-commission décide de maintenir le texte tel que proposé par les auteurs du projet de loi.

7bis) Article 13

Les auteurs du projet de loi proposent de remplacer le mot « *association* » par le terme « *sociétés* ». Toutefois, la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs a introduit ce changement de sorte que ce point du projet de loi est désormais à supprimer.

Ce point est donc à supprimer du projet de loi.

3. Divers

⁶ « (...) les auteurs, en recopiant la loi belge, introduisent la condition du motif grave, tandis que les articles 932 et 933 du Nouveau Code de procédure civile prescrivent l'urgence, le dommage imminent et le trouble manifestement illicite. »

La prochaine réunion aura lieu le jeudi 18 septembre 2014 à 10h30 à 12h00.

Le représentant de la sensibilité politique ADR, étant empêché de participer à la prochaine réunion, aimerait avoir de plus amples informations en ce qui concerne les apports tant en nature que numéraire dans le cadre de la libération de capital. Il s'interroge s'il n'est pas possible d'uniformiser le régime des apports en nature et des apports en numéraire.

A noter qu'à l'état actuel, le délai de libération des actions émises en contrepartie d'apports autres qu'en numéraire est de cinq ans. En outre, il observe qu'en ce qui concerne l'augmentation du capital, le texte semble pour l'instant muet sur ce point (à préciser si possible, et en cas de réponse affirmative à préciser si un délai devrait être respecté).

Finalement, il faudrait préciser qu'une augmentation de capital ne saurait avoir lieu tant que le capital initial n'a pas été libéré intégralement. Le texte actuel est muet à ce sujet.

Le Secrétaire-administrateur,
Tania Sonnetti

Le Président,
Franz Fayot