



CHAMBRE DES DÉPUTÉS
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Session ordinaire 2014-2015

CC/pk

P.V. SCDS 18

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

Procès-verbal de la réunion du 23 mars 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
- Finalisation de l'examen des articles
2. Divers

*

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

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

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

1. 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**

Articles 67-1 et 70 – Modes et délais de convocation

Conformément à ce qui a été convenu lors de la réunion du 23 février 2015 (cf. PV SCDS 15), la SCDS propose de réexaminer les dispositions relatives à la convocation des assemblées générales.

Afin de couvrir à la fois les convocations des assemblées générales ordinaires et extraordinaires dans l'hypothèse où toutes les actions sont nominatives, la SCDS propose d'introduire un nouvel article 70bis constitué du dernier alinéa de l'article 70. Il convient également de clarifier que la convocation pour toute assemblée générale, ordinaire ou extraordinaire, puisse se faire par lettre recommandée et ceci dans un délai de huit jours au moins avant l'assemblée. En même temps, les dispositions prescrivant une publication des convocations au Mémorial et dans un journal de Luxembourg ne devraient pas s'appliquer dans ce cas d'espèce. Ainsi, par exemple, dans une société dont toutes les actions sont nominatives, les convocations aux secondes assemblées générales extraordinaires peuvent se faire huit jours au moins avant l'assemblée par lettres recommandées.

Il est proposé par ailleurs de modifier la disposition en question en notant que le mode alternatif de convocation prévu par le dernier alinéa de l'article 70 consistant en l'envoi de l'avis de convocation par lettre recommandée paraît peu en phase avec les moyens de communications actuels. Il est dès lors proposé de permettre à la société dont les actions sont exclusivement nominatives de procéder à la convocation de ses actionnaires à une assemblée générale ordinaire ou extraordinaire par tout moyen de communication de nature à garantir une délivrance effective de la convocation à son destinataire. Il s'agira par exemple de courrier « express » avec preuve d'envoi.

L'article 70bis sera introduit par le biais d'un nouveau point 47bis.

Le nouvel article 70bis aura le libellé suivant :

« Quand toutes les actions sont nominatives, la société peut, pour toute assemblée générale, se limiter à la communication des convocations par lettres recommandées sans préjudice d'autres moyens de communication acceptés individuellement par leurs destinataires dans un délai de huit jours au moins avant l'assemblée. Les dispositions de la loi prescrivant une publication des convocations au Mémorial ou dans un journal du Luxembourg ne sont, dans ce cas, pas d'application. »

Dès lors l'article 70 aura la teneur 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, les convocations peuvent être faites uniquement par lettres recommandées.-»

Articles 32-1 et 32-4 – Libération du capital par compensation de créances

Pour mémoire, les articles 32-1 (point 18) et 32-4 (point 21) ont été examinés lors des réunions du 13 (cf. PV SCDS 01) et du 20 novembre 2014 (cf. PV SCDS 02). En plus des modifications déjà discutées, il est proposé d'étudier les nouvelles propositions de modification de la CDEB.

La CDEB note que l'article 26(1), point 4), envisage deux catégories d'apports, à savoir (i) l'apport par versement en numéraire et (ii) l'apport autre qu'en numéraire. Le texte n'apportant pas de précisions supplémentaires quant à la définition d'apport en numéraire et d'apport autre qu'en numéraire, se pose la question de la qualification de la conversion d'une créance détenue sur une société, que cette créance soit représentée par des titres ou non, en capital de cette-même société.

A l'article 32-4, le législateur a fourni des précisions supplémentaires en ce qui concerne les modalités de la conversion d'obligations émises sous la forme d'obligations convertibles. La conversion de telles obligations semble être considérée, sur base du texte actuel, comme un apport autre qu'en numéraire. Pour des raisons de sécurité juridique et à la différence des apports en nature ordinaires, cet article exige la production du rapport du réviseur d'entreprises agréé requis en vertu de l'article 26-1(2) à l'occasion de l'émission obligataire plutôt qu'au moment de la conversion.

Toutefois, le texte se limite exclusivement aux obligations convertibles et n'aborde ni la conversion d'obligations ou d'autres créances titrisées non-stipulées comme étant convertibles à l'origine, ni la conversion de prêts ordinaires ou convertibles.

La pratique notariale luxembourgeoise semble actuellement considérer ce type de conversion comme un apport en nature et exiger en toute circonstance la production d'un rapport prévu à l'article 26-1 lors de l'assemblée générale actant la conversion et l'augmentation de capital.

Or, la deuxième directive européenne en matière de droit des sociétés distingue les apports en numéraire des apports autres qu'en numéraire sans pour autant donner des définitions précises et ne permettant donc pas de classer l'apport de créances dans l'une ou l'autre de ces catégories.

En pratique, la conversion de créances en capital s'effectue le plus souvent par la souscription à une augmentation de capital et par une libération de l'apport par compensation avec la ou les créances du souscripteur sur la société débitrice. Il y a compensation entre la créance que le créancier détient sur la société et la créance détenue par la société, créance de libération des nouvelles actions issue de l'augmentation de capital.

L'existence d'une créance sous-entend que la société est débitrice d'une créance valable qui est par conséquent, de par la loi, remboursable intégralement par la société au créancier. La conversion de créances en capital entraîne une diminution des dettes de la société du même montant, créant donc simultanément un enrichissement corrélatif de la société.

L'exigence d'une évaluation de la créance compensée ne se justifie pas puisqu'en l'absence de faillite de la société, la valeur de cette créance équivaut juridiquement au moins au montant de la créance à rembourser par la société emprunteuse. Après la conversion, la société se verra dispensée de rembourser le montant nominal de la créance.

En conséquence, le texte proposé vise à préciser que le capital peut être libéré soit (i) par apport en numéraire incluant l'apport libéré par la compensation avec des créances sur la société, soit (ii) par apport autres qu'en numéraire, soit (iii) par l'incorporation de réserves, bénéfices ou prime d'émission.

Etant donné qu'une libération par compensation ne se conçoit qu'une fois la société valablement constituée, il y a lieu d'insérer la modification à l'article 32-1 plutôt qu'à l'article 26(1). Il est cependant entendu qu'une libération par compensation serait aussi, le cas échéant, possible au cours de la vie sociale concernant des d'actions partiellement libérées émises lors de la constitution de la société.

Afin de garantir la réalité de l'apport, les créances doivent remplir les conditions requises pour la compensation de créances, à savoir être certaines (sans contestation sérieuse possible), liquides (évaluables en argent) et exigibles (échues au jour où le créancier doit libérer les actions). La libération s'effectuera donc par le mécanisme civil de compensation

légale prévu à l'article 1289 et suivants du Code civil. Il s'agit en substance de la solution retenue de manière expresse en France depuis 2004.

Il n'existe pas de raison de traiter une conversion d'obligations stipulées comme étant convertibles à l'émission différemment de la conversion d'autres types de dette. C'est pour cette raison qu'il est proposé de préciser à l'article 32-4, dans un nouvel alinéa 3, que la conversion d'obligations convertibles doit être assimilée à un apport en numéraire par compensation avec une créance sur la société.

La SCDS propose de reprendre ces propositions de modification.

Partant, le point 18 sera libellé comme suit :

18) à l'article 32-1 sont apportées les modifications suivantes:

~~au paragraphe (5) les mots "ne consistant pas en numéraire" sont remplacés par les mots "en nature".~~

L'article 32-1 est remplacé par la disposition suivante:

« Art. 32-1.(1) Les formalités et conditions prescrites pour la constitution des sociétés s'appliquent à l'augmentation du capital par des apports nouveaux, sous réserve des dispositions qui suivent.

(2) Les membres du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, sont tenus solidairement des obligations prévues par l'article 31 à charge des fondateurs.

(3) Si l'augmentation de capital annoncée n'est pas entièrement souscrite, le capital n'est augmenté à concurrence des souscriptions recueillies que si les conditions de l'émission ont expressément prévu cette possibilité.

(4) La réalisation de l'augmentation est constatée par un acte notarié, dressé à la requête du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, sur présentation des documents justificatifs des souscriptions et des versements, lorsque l'augmentation a lieu par souscription ou lorsqu'elle est faite en vertu de l'autorisation prévue à l'article 32. L'acte notarié doit être dressé dans le mois de la clôture de la souscription ou dans les trois mois à partir du jour de l'ouverture de la souscription.

(5) Chaque action doit être libérée d'un quart au moins, soit par un apport en numéraire, y compris par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles sur la société, soit par un apport en nature, soit par incorporation de réserves, bénéfiques ou prime d'émission.

(56) Pour les apports ~~en nature ne consistant pas en numéraire~~, les actions doivent être entièrement libérées dans un délai de cinq ans à partir de la décision d'augmentation de capital. Un rapport est à établir par un réviseur d'entreprises agréé conformément à l'article 26-1 ; ce réviseur d'entreprises agréé est désigné par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas. Le rapport du réviseur d'entreprises agréé sera déposé conformément à l'article 9 paragraphe (1). »

Le point 21 sera libellé comme suit :

« 21) l'article 32-4 est remplacé par la disposition suivante:

« Art. 32-4.– Les articles 32, 32-1 à l'exception de son paragraphe (65) et 32-3 sont applicables à l'émission d'obligations convertibles, de tous autres instruments de créance convertibles en capital ou de droits de souscription, isolés ou attachés à un autre titre., mais non à la conversion du titre et à l'exercice du droit de souscription auxquels s'applique toutefois l'article 32-2. Le paragraphe (65) de l'article 32-1 est toutefois applicable à l'émission d'obligations convertibles ou de tous autres instruments de créance convertibles en capital lorsque le prix de souscription de tels instruments est libéré en nature.

L'article 32-2 est applicable à la conversion d'obligations convertibles et de tous autres instruments de créance convertibles en capital ainsi qu'à l'exercice de droits de souscription isolés ou attachés à un autre titre. Les articles 32, 32-1 et 32-3 ne sont pas applicables dans les cas visés au présent alinéa.

La conversion d'obligations convertibles est à considérer comme un apport en numéraire libérable par compensation avec une créance sur la société et sera soumise aux mêmes conditions qu'un tel apport.

La décision du conseil d'administration de procéder à l'émission d'obligations convertibles ou de tous autres instruments de créance convertibles en capital ou de droits de souscription doit être prise durant la période de l'autorisation. Cette décision diminuera à due concurrence le montant disponible du capital autorisé. La conversion d'obligations convertibles ou l'exercice de droits de souscription peut avoir lieu après la fin de la période d'autorisation. »

Articles 182 et 168 – Instauration d'un régime de parts rachetables et précisions apportées au régime de rachat de parts et de réduction de capital dans les SARL

Pour mémoire, l'article 182 (point 82) a été examiné lors de la réunion du 29 janvier 2015, alors qu'il a été décidé lors de la même réunion de reporter l'examen de l'article 168 (point 79) (cf. PV SCDS 12)

En plus des modifications déjà discutées, il est proposé d'étudier les nouvelles propositions de modification de la CDEB.

Article 182 (point 82)

Lors de la transposition en droit luxembourgeois par la loi du 24 avril 1983, de la deuxième directive du Conseil des Communautés européennes daté du 13 décembre 1976 (la « 2^e Directive »), le législateur a décidé de mettre en place un cadre réglementaire afin d'étendre aux sociétés anonymes des opérations effectuées dans la pratique par les sociétés d'investissement, à savoir le rachat d'actions propres par la société. L'article 49-8 de la loi du 10 août 1915 adopté en ce sens ne s'applique qu'aux sociétés anonymes (S.A.). Les actions rachetables émises par les S.A. en vertu de l'article 49-8 peuvent être rachetées aux conditions et limites posées aux numéros 1 à 8 de l'article 49-8 repris de la 2^e directive. Indépendamment du rachat d'actions rachetables, la S.A. peut également racheter sous certaines conditions et limites posées aux articles 49-2 à 49-7 de la loi du 10 août 1915 ses actions ordinaires et préférentielles.

La source d'inspiration de l'article 49-8 était la pratique anglo-saxonne. À l'expérience, l'article 49-8 a fait ses preuves dans la pratique des S.A. luxembourgeoises, la possibilité d'émettre des actions rachetables étant prévue dans bon nombre de statuts de S.A., il est prévu d'étendre cette possibilité aux sociétés à responsabilité limitée (SARL). L'article 49-8 de la loi du 10 août 1915 étant la transposition de l'article 39 de la 2^e Directive qui ne s'applique qu'aux S.A., il est prévu de permettre l'émission de parts sociales rachetables dans les SARL à des conditions plus flexibles que celles posées à l'article 49-8 de la loi du 10 août 1915, tout en préservant l'intérêt des créanciers sociaux.

Dans le contexte du rachat de parts, il est par ailleurs proposé de compléter le cadre légal pour permettre à la gérance de la société, si les statuts l'y autorisent, de procéder à une réduction de capital sans approbation ad hoc de l'assemblée des associés. Cette faculté peut s'avérer utile dans la mesure où elle donne une flexibilité complémentaire au régime de la SARL – flexibilité permise par les textes européens – sans pour autant affecter les droits fondamentaux des associés. Il convient de noter que cette possibilité ne sera pas réservée au seul cas des parts rachetables. Il a de tout temps été admis qu'une SARL peut racheter ses parts du consentement des associés. Le texte proposé en matière de parts rachetables ne vient pas limiter cette faculté relevant du principe de la liberté contractuelle.

Le principe de la possibilité de l'émission de parts rachetables est reflété dans un nouveau paragraphe (2). A l'instar du régime applicable aux actions rachetables de sociétés anonymes, il est précisé – dans un souci de protection des droits individuels des associés - que le rachat de parts doit être autorisé par les statuts avant leur émission. Il est cependant entendu que les associés pourraient, par décision prise à l'unanimité, renoncer à cette protection et décider une conversion de leurs parts en parts rachetables même en l'absence d'une autorisation statutaire au moment de leur émission.

Il est rappelé dans ce contexte que la consécration légale des parts rachetables n'exclut en rien la pratique des rachats *ad hoc* décidés par la société avec le consentement des associés concernés.

Le paiement du prix de rachat de parts sociales entraîne sur le plan économique toutes les conséquences normalement attachées aux réductions de capital social. Comme toute SARL doit disposer d'un capital social minimum, le rachat des parts sociales ne peut entamer ce montant.

Sous cette réserve, le rachat des parts sociales (que ce soit dans le cadre de parts rachetables organisées dans les statuts ou dans le contexte d'un rachat convenu *ad hoc*) peut être organisé librement, à condition toutefois de préserver l'essence des droits respectifs des associés et des créanciers sociaux. Une SARL ne devrait opérer un remboursement à ses associés en priorité aux créanciers sociaux, s'il était prévisible que de ce fait la société ne disposerait pas d'avoirs suffisants lui permettant le moment venu d'honorer ses dettes. Tout comme pour la réduction de capital social, qui reste possible même en présence de créanciers sociaux, on ne saurait cependant exiger de la SARL que le remboursement de ses dettes soit certain au jour du paiement du prix de rachat. Il suffit que la gérance, au moment du paiement du rachat, puisse être raisonnablement d'avis, sur base des avoirs existants de la société et de ses perspectives de rentabilité future, que la société ne sera pas, en raison de cette distribution, dans l'incapacité de rembourser ses dettes lorsqu'elles seront dues. Pour faire cette appréciation, sauf circonstances particulières, la gérance devrait pouvoir limiter son examen – outre la situation financière existante à ce moment - aux éléments normalement prévisibles sur une période d'une année.

La limite ainsi posée ne concerne que le paiement du prix de rachat et n'affecte pas la validité juridique de l'opération de rachat en tant que telle. En pratique cela veut dire que si la gérance estime qu'il est raisonnablement prévisible que les créanciers sociaux existants ne pourraient être remboursés suite au paiement du prix de rachat, elle devra limiter le paiement du prix de rachat de telle sorte à ce que le paiement des créanciers sociaux n'en soit pas mis en péril. Le paiement de la partie restante du prix de rachat pourra être décidé au jour où la condition posée au paragraphe 4 sera remplie. En attendant, l'obligation de paiement afférente de la société sera suspendue par l'effet de la loi. Ceci aura pour conséquence, dans le cas de figure d'une insuffisance définitive des avoirs distribuables de la société - et ce contrairement au principe non autrement affecté que les associés créanciers sont traités, en cette dernière qualité, comme tous autres créanciers sociaux – que les associés ne verront pas honorée cette créance particulière, ou alors seulement après paiement intégral de toutes les autres créances.

Le nouveau paragraphe 5 vient à rappeler dans le contexte de rachats le principe général du traitement égalitaire des associés se trouvant dans la même situation.

Le nouveau paragraphe 6 confirme que les droits attachés aux parts détenus en trésorerie sont suspendus. Il en est de même pour les parts détenues par une entreprise filiale de la société - et ce pour la durée de détention par cette entreprise filiale -si elle venait à acquérir les parts afférentes dans le contexte d'une opération de rachat.

Il ne paraît pas nécessaire d'encadrer plus avant le régime des rachats. Aussi ne convient-il pas d'imposer d'autres obligations spécifiques à charge de la gérance dans le cadre de son rapport de gestion concernant le rachat de parts, dans la mesure où, contrairement au cas des actions de sociétés anonymes, le rachat de parts sociales est en tout état de cause publié au titre de transfert de parts à la société.

Le nouveau paragraphe 7 vient à compléter le régime en permettant des dispositions statutaires autorisant la gérance à annuler des parts rachetées et à décider une réduction de capital afférente. Ce « capital autorisé à rebours » permet de donner une flexibilité de gestion administrative accrue, notamment pour le cas où des rachats réguliers sont prévus ou si les associés sont nombreux et difficile à mobiliser pour une décision qui est somme toute purement administrative. Il est entendu qu'une annulation de parts rachetées ne devra pas nécessairement induire une réduction de capital, lorsque les parts n'ont pas de valeur nominale. Quant aux formalités, le texte est inspiré du régime de la société anonyme en matière de capital autorisé. Il est à noter que le notaire passant l'acte ne fera que constater une réduction de capital antérieurement décidée par la gérance au moment de l'annulation des parts.

La SCDS approuve ces propositions de modification.

Partant, le point 82 sera libellé comme suit :

82) L'article 182 sera remplacé par la disposition suivante :

**« Art. 182. (1) Le capital social doit être de 12.000 euros. Il se divise en parts sociales, avec ou sans mention de valeur.
Il peut être créé des titres non représentatifs du capital social émis à personne déterminée, désignés par la présente loi par l'appellation de „parts bénéficiaires“. Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés. »**

(2) Le capital social peut être composé en tout ou en partie de parts sociales rachetables dont les conditions et les modalités de rachat sont fixées par les statuts. Le rachat doit être autorisé par les statuts avant la souscription des parts rachetables.

(3) Le rachat de parts sociales ne peut avoir pour effet que la valeur nominale ou, selon le cas, le pair comptable agrégé des parts détenues par des personnes autres que la société devienne inférieure au capital social minimum visé au paragraphe (1).

(4) La gérance de la société peut décider de ne pas payer tout ou partie des distributions sur rachat de parts s'il est prévisible qu'en raison de ce fait la société ne pourrait acquitter ses dettes à leur échéance. La décision de la gérance de la société de ne pas payer des distributions conformément à ce qui précède suspend, jusqu'à décision contraire de la gérance, l'obligation afférente de la société à l'égard des associés concernés.

(5) Un rachat de parts sociales par la société ne peut être fait qu'en conformité avec le principe de l'égalité de traitement de tous les associés se trouvant dans la même situation.

(6) Les droits de vote et les droits financiers attachés aux parts rachetées sont suspendus pendant la durée de leur détention par la société. Il en est de même si la société fait racheter ses parts par une entreprise filiale au sens de l'article 309 paragraphe (2).

(7) Les statuts peuvent autoriser la gérance à annuler des parts sociales rachetées par la société et à décider une réduction de capital afférente. Dans ce cas, la gérance fera constater la réduction de capital par acte notarié. L'acte notarié doit être dressé dans le mois de l'annulation et de la réduction de capital afférente décidée par la gérance. »

Article 168 (point 79)

Il est proposé de compléter le texte de l'article 168 de la loi afin d'adapter les dispositions pénales aux modifications proposées sous l'article 182, paragraphes 2 à 7.

La SCDS décide de rendre ces propositions de modification.

Partant le point 79 aura la teneur suivante :

79) à l'article 168 sont apportées les modifications suivantes:

- le premier tiret est remplacé par le libellé suivant :
« - racheté des actions ou parts sociales en diminuant le capital social ou la réserve légalement obligatoire et ce, contrairement aux dispositions de l'article 49-2 dans le cas des sociétés anonymes et de l'article 182 paragraphes (2) à (7) dans le cas des sociétés à responsabilité limitée ;»

~~le premier tiret est complété par les mots suivants: « et 190bis, paragraphe (1), dans le cas des sociétés à responsabilité limitée, »~~

- le second tiret est remplacé par la disposition suivante:

« - fait des prêts ou avances au moyen de fonds sociaux ou donné des sûretés en vue de l'acquisition d'actions ou de parts sociales de la société ou pris en gage des actions ou des parts sociales propres et ce, contrairement aux articles 49-6 et 49-7 dans le cas des sociétés anonymes ~~et 190septies et 190octies dans le cas des sociétés à responsabilité limitée, »~~

Articles 190bis à 190quinquies (point 90)

Conformément à ce qui a été retenu lors de la réunion du 5 février 2015 (cf. PV SCDS 13), la SCDS décide de supprimer ces articles. En effet, la SCDS n'estime pas opportun de transposer aux SARL les règles applicables aux S.A.

Attribution d'actions gratuites

Article 32-3 (point 20)

Il est rappelé que l'article 32-3 a été examiné lors de la réunion du 13 novembre 2014 (cf. PV SCDS 01). En complément des dispositions analysées et adoptées, la CDEB a fait une nouvelle proposition visant à insérer un paragraphe 5bis à l'article 32-3.

Cette modification a pour objet de consacrer et d'élargir en droit luxembourgeois la possibilité pour une société anonyme d'émettre des actions gratuites à ses salariés ou à ses dirigeants sociaux, et aussi de mieux l'encadrer.

Le projet de loi, dans sa version initiale déposée en 2007, contient d'ores et déjà des dispositions visant directement ou indirectement l'émission d'actions gratuites, en répondant à des questions spécifiques qui peuvent se poser dans ce contexte. Les opérations visées à l'époque étaient principalement les attributions d'actions gratuites aux actionnaires existants de la société. Il convient également de rappeler à cet égard que, en l'absence de disposition expresse du Code des Sociétés belge, la doctrine belge admet « l'attribution gratuite d'actions à l'ensemble des actionnaires (« actions de bonus ») », l'augmentation de capital se faisant au moyen de réserves ou de bénéfices non préalablement affectés à une distribution de dividendes ». Cette technique est également admise en droit luxembourgeois. Ces dernières années, certains pays comme la France ont procédé à des modifications législatives en matière d'émission d'actions gratuites aux salariés et dirigeants d'entreprises. En droit français, l'attribution d'actions gratuites fut initialement créée avant la crise financière par la loi n°2004-1484 du 30 décembre 2004. Le régime fut ensuite modifié et adapté à plusieurs reprises, notamment par la loi du 3 décembre 2008 ou encore la loi du 22 mars 2012.

Le nouveau paragraphe 5bis s'inspire des articles L. 225-197-1 et suivants du code de commerce français, tout en prévoyant un régime considérablement allégé et adapté au droit luxembourgeois, et en laissant une plus grande marge de décision aux organes de la société procédant à l'émission d'actions gratuites.

Ainsi :

- Tout comme en droit français, peuvent être attribuées des actions existantes (p.ex. actions auto-détenues par la société ou une filiale) ou nouvellement émises. La

décision de principe, autorisant l'attribution d'actions gratuites, appartient à l'assemblée générale des actionnaires. Lorsque l'attribution se fait par l'émission d'actions nouvelles, l'autorisation de l'assemblée se fait par le biais du capital autorisé, technique d'ores et déjà bien connue en droit luxembourgeois. Il est donc renvoyé pour l'essentiel à l'article 32-3, paragraphe (5), dont les règles s'appliquent sauf sur les points sur lesquels le nouveau paragraphe (5bis) contient des dispositions particulières. Ainsi, pour la durée de l'autorisation et le nombre d'actions qui peuvent être émises, il y a lieu de se référer au cadre existant du paragraphe (5). Il ne paraît pas nécessaire non plus de fixer dans la loi une limite maximale quant au nombre d'actions gratuites, l'assemblée fixant ce maximum dans le cadre de l'autorisation qu'elle donne. Pour éviter toute insécurité juridique, le paragraphe (5bis) précise que le droit préférentiel de souscription des actionnaires existants est supprimé dans le cadre d'émission d'actions gratuites.

- La mise en œuvre de l'autorisation, c'est-à-dire l'attribution effective des actions gratuites, appartient aux organes d'administration de la société, donc au conseil d'administration ou au directoire, selon les cas. En cas d'émission d'actions gratuites, l'augmentation du capital de la société se fera le plus souvent au moyen de l'incorporation de réserves au capital. Sous réserve d'adaptations, la solution est la même qu'en droit français.

- L'attribution d'actions gratuites peut être encadrée de certaines conditions ou restrictions additionnelles. Ainsi le droit français prévoit que l'attribution n'est définitive qu'après une période de deux ans, et que les titres doivent être conservés par les bénéficiaires pendant deux années supplémentaires. L'expérience française a toutefois montré que ces règles impératives ont souvent été modifiées dans le cadre de réformes successives. Par conséquent, dans un but de flexibilité, le présent amendement, plutôt que de transposer ces règles telles quelles, entend plutôt conférer à l'assemblée ou aux organes d'administration de la société la faculté de fixer un tel cadre.

- Quant au rapport informant les actionnaires des opérations réalisées sur base de cet article, voir amendement de l'article 68 de la loi modifiée du 19 décembre 2002.

La SCDS décide de reprendre cette proposition de modification.

Partant, il est décidé de compléter l'article 32-3 par un paragraphe 5bis nouveau libellé comme suit :

(5bis) Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société, ou de certaines catégories d'entre eux, à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre. Lorsque l'autorisation porte sur des actions à émettre, les dispositions du paragraphe (5) sont applicables sous réserve de ce qui est dit au présent paragraphe, et l'autorisation donnée par l'assemblée générale emporte de plein droit, au profit des bénéficiaires des actions attribuées gratuitement, renonciation par les actionnaires existants à leur droit préférentiel de souscription.

L'assemblée générale peut fixer ou autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à fixer les conditions et modalités de l'attribution, qui peuvent inclure une période d'attribution définitive et une durée minimale d'obligation de conservation des actions par les bénéficiaires.

Des actions peuvent être attribuées dans les mêmes conditions :

- *au profit des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique dont 10 % au moins du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par la société qui attribue les actions ;*
- *au profit des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique détenant, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital ou des droits de vote de la société qui attribue les actions ;*
- *au profit des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique dont 50 % au moins du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par une société détenant elle-même, directement ou indirectement, au moins 50 % du capital de la société qui attribue les actions ;*
- *au profit des mandataires sociaux de la société qui attribue les actions ou des sociétés ou groupements d'intérêt économique visés ci-dessus, ou de certaines catégories d'entre eux.*

Dès lors, le point 20 aura la teneur suivante :

20) l'article 32-3 est modifié comme suit :

- l'alinéa 1^{er} du paragraphe (3) est modifié comme suit :

(3) Le droit de souscription peut être exercé pendant un délai fixé par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, mais qui ne peut être inférieur à quatorze jours à compter de la publication de l'offre au Mémorial et dans deux journaux publiés au Luxembourg.

Toutefois lorsque toutes les actions sont nominatives, les actionnaires peuvent être informés par lettre recommandée sans préjudice d'autres moyens de communication acceptés individuellement par leurs destinataires.

- l'article 32-3, paragraphe (4) est modifié comme suit :

Le droit de souscription est négociable pendant toute la durée de la souscription sans qu'il puisse être apporté **de restrictions** à cette négociabilité.

Par exception à l'alinéa 1^{er}, d'autres les restrictions que celles applicables aux titres auxquels le droit de souscription est attaché seront également applicables à ce droit.

- l'article 32-3, paragraphe (5), troisième alinéa est modifié comme suit :

L'assemblée générale appelée à délibérer, aux conditions requises pour la modification des statuts, soit sur l'augmentation du capital, soit sur l'autorisation d'augmenter le capital conformément à l'article 32 (1), peut limiter ou supprimer le droit de souscription préférentiel ou autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à le faire. Cette proposition doit être spécialement annoncée dans la convocation. La justification détaillée doit être exposée dans un rapport établi par le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, portant notamment sur le prix d'émission proposé et présenté à l'assemblée. **L'absence de ce rapport entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale, à moins que tous les actionnaires de la société n'aient renoncé à ce rapport.**

- l'article 32-3 est complété par un paragraphe 5bis nouveau libellé comme suit :

(5bis) Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à procéder, au profit des membres du personnel salarié de la société, ou de certaines catégories d'entre eux, à une attribution gratuite d'actions existantes ou à émettre. Lorsque l'autorisation porte sur des actions à émettre, les dispositions du paragraphe (5) sont applicables sous réserve de ce qui est dit au présent paragraphe, et l'autorisation donnée par l'assemblée générale emporte de plein droit, au profit des bénéficiaires des actions attribuées gratuitement, renonciation par les actionnaires existants à leur droit préférentiel de souscription.

L'assemblée générale peut fixer ou autoriser le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, à fixer les conditions et modalités de l'attribution, qui peuvent inclure une période d'attribution définitive et une durée minimale d'obligation de conservation des actions par les bénéficiaires.

Des actions peuvent être attribuées dans les mêmes conditions :

- au profit des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique dont 10 % au moins du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par la société qui attribue les actions ;
- au profit des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique détenant, directement ou indirectement, au moins 10 % du capital ou des droits de vote de la société qui attribue les actions ;
- au profit des membres du personnel salarié des sociétés ou des groupements d'intérêt économique dont 50 % au moins du capital ou des droits de vote sont détenus, directement ou indirectement, par une société détenant elle-même, directement ou indirectement, au moins 50 % du capital de la société qui attribue les actions ;
- au profit des mandataires sociaux de la société qui attribue les actions ou des sociétés ou groupements d'intérêt économique visés ci-dessus, ou de certaines catégories d'entre eux.

- l'article 32-3, paragraphe (7) est remplacé par la disposition suivante :

Les droits de souscription non exercés après la clôture de la période de souscription sont vendus publiquement par la société à la Bourse de Luxembourg; le produit de la vente, déduction faite des frais y relatifs, est tenu à la disposition des actionnaires pendant cinq ans. Le solde non prélevé reste acquis à la société. Pour les sociétés dont les titres ne sont pas admis à la cote officielle d'une bourse située à Luxembourg ou à l'étranger ou négociés sur un marché réglementé en fonctionnement régulier, reconnu et ouvert au public, à défaut de dispositions statutaires, les tiers pourront à l'issue du délai de souscription préférentielle fixé au paragraphe (3) participer à l'augmentation du capital, sauf au conseil d'administration ou, le cas échéant, au directoire de décider que les droits de préférence seront exercés, proportionnellement à la partie du capital que représentent leurs actions, par les actionnaires anciens qui avaient déjà exercé leur droit durant la période de souscription préférentielle. Les modalités de la souscription par les actionnaires anciens sont dans ce cas définies par le conseil d'administration ou, le cas échéant, le directoire.

– est complété par les paragraphes suivants:

(8) En cas de limitation ou de suppression du droit de préférence, l'assemblée générale peut prévoir qu'une priorité sera donnée aux anciens actionnaires lors de l'attribution des nouveaux titres.

(89) Lorsque les actions sont grevées d'un usufruit, le droit préférentiel de souscription qui leur est attaché appartient au nu-proprétaire. Si celui-ci vend les droits de souscription, les sommes provenant de la cession ou les biens acquis par lui au moyen de ces sommes sont soumis à l'usufruit. Si le nu-proprétaire néglige d'exercer son droit, l'usufruitier peut se substituer à lui pour souscrire aux actions nouvelles ou pour vendre les droits.

Dans ce dernier cas, le nu-proprétaire peut exiger le emploi des sommes provenant de la cession; les biens ainsi acquis sont soumis à l'usufruit. Le nu-proprétaire d'actions est réputé, à l'égard de l'usufruitier, avoir négligé d'exercer le droit préférentiel de souscription aux actions nouvelles émises par la société, lorsqu'il n'a ni souscrit d'actions nouvelles, ni vendu les droits de souscription, huit jours avant l'expiration du délai de souscription accordé aux actionnaires.

Les actions nouvelles appartiennent au nu-proprétaire pour la nue-proprété et à l'usufruitier pour l'usufruit. Toutefois, en cas de versement de fonds effectué par le nu-proprétaire ou l'usufruitier pour réaliser ou parfaire une souscription, les actions nouvelles n'appartiennent au nu-proprétaire et à l'usufruitier qu'à concurrence de la valeur des droits de souscription; le surplus des actions nouvelles appartient en pleine propriété à celui qui a versé les fonds.

Le présent paragraphe est également applicable en cas d'attribution de titres gratuits. Lorsque le nu-proprétaire doit demander l'attribution des titres, il est réputé, à l'égard de l'usufruitier, avoir négligé d'exercer le droit à l'attribution d'actions gratuites, lorsqu'il n'a pas demandé cette attribution ni vendu les droits, trois mois après le début des opérations d'attribution.

Les dispositions du présent paragraphe s'appliquent dans le silence **de la convention des parties des statuts.**

Article 68(2) de la loi modifiée du 19 décembre 2002 (Article III)

Il est proposé d'ajouter un point g) au paragraphe 2 de l'article 68 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

La modification proposée est le corollaire de l'amendement proposé à l'article 32-3 (5bis) de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Il est utile en effet que le rapport de gestion annuel contienne des indications relatives aux opérations réalisées sur base de cet article. Si le droit français, qui a servi de source d'inspiration, prévoit un rapport spécial établi chaque année, dans un contexte luxembourgeois il paraît indiqué d'intégrer ces informations au rapport de gestion annuel.

La SCDS décide de reprendre cette proposition de modification sous l'Article III, libellé comme suit :

Art.III.- ~~Dans la 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 est modifiée comme suit : ~~sont apportées les modifications suivantes:~~

A l'article 68, paragraphe (2), il y a lieu d'ajouter un point g) nouveau intitulé comme suit :

« g) en ce qui concerne l'attribution d'actions gratuites, les opérations réalisées en vertu l'article 32-3 (5bis) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. »

2. Divers

Il est proposé de finaliser les amendements en vue de leur adoption par la Commission juridique le 1^{er} avril 2015.

Luxembourg, le 24 mars 2015

Le secrétaire-administrateur,
Carole Closener

Le Président,
Franz Fayot