



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

Procès-verbal de la réunion du 12 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
- Continuation de l'examen des articles
2. Divers

*

Présents : M. Guy Arendt, M. Franz Fayot
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, 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**

Point 41) - Articles 63ter à 63septies

Conformément à ce qui a été retenu lors de la réunion du 22 décembre 2014 (cf. P.V. SCDS 07- P. 11/13) et suite aux vérifications réalisées, la teneur du point 41) telle que proposée

lors de ladite réunion est confirmée. Les articles 63ter à 63septies sont supprimés, la dernière phrase de l'article 63septies est intégrée à la fin de l'article 63bis.

Nouveau point 99bis) Article 203

Conformément à ce qui a été retenu lors de la réunion du 12 février 2015 (cf. P.V. SCDS 14 – P. 11/12), la proposition de modification de l'article 203, visant à permettre une régularisation du défaut de l'obligation de dépôt des comptes, a été soumise au Ministre de la Justice. Or, Monsieur le Ministre s'est exprimé contre tout délai de régularisation au motif qu'il ne faut pas encourager les acteurs à ne pas respecter les dispositions législatives par une dérogation à l'article 203. Ceci aurait pour effet d'atténuer l'obligation de dépôt dans les délais, alors que l'information des tiers sur la situation financière d'une société est utile et nécessaire.

Partant, la SCDS renonce à modifier l'article 203.

Articles 67-1, 70 et 73

Conformément à ce qui a été retenu lors de la réunion du 23 février 2015 (cf. P.V. SCDS 15), il est proposé de réexaminer les propositions de modification pour les articles 67-1, 70 et 73 visant à simplifier les modes et les délais de convocation des assemblées générales et à moderniser la communication des documents.

Pour mémoire, ces articles ont été examinés lors des réunions du 22 décembre 2014 (P.V. SCDS 07), du 8 janvier 2015 (P.V. SCDS 08) et du 23 février 2015 (P.V. SCDS 15).

Suite à une discussion générale sur l'opportunité de revoir les modalités de convocation, il est décidé de modifier a minima les articles 67-1 et 70, tel que proposé lors de la réunion du 23 février et d'uniformiser le délai de convocation par annonces à 15 jours. Le délai de convocation par lettre missive est maintenu à 8 jours. Ces propositions seront transmises pour avis à la CDEB.

Modification du régime des actions sans droit de vote : Articles 44 à 47

Il est proposé de poursuivre la réunion par l'examen des nouvelles propositions de la CDEB qui visent à assouplir le régime des actions sans droit de vote en droit luxembourgeois.

Article 44

La CDEB propose de supprimer l'article 44.

Article 45

La CDEB propose de modifier l'article 45 comme suit :

Art. 45. (1) *L'émission d'actions sans droit de vote peut avoir lieu:*

- *lors de la constitution de la société si les statuts le prévoient,*
- *lors d'une augmentation de capital,*
- *lors de la conversion d'actions ordinaires en actions sans droit de vote.*

Dans les deux derniers cas, l'assemblée générale délibère selon les règles prescrites par l'article 67 -1 (1) et (2).

(2) L'émission d'actions sans droit de vote ne peut avoir lieu qu'à la condition que le droit à un dividende en cas de répartition des bénéfices, le droit au remboursement de l'apport et, le cas échéant, le droit à la distribution d'un bénéfice de liquidation sont fixés par les statuts.

(23) L'assemblée générale détermine le montant maximal de telles actions à émettre. dans les limites des dispositions de l'article 44(1).

(34) En cas de création d'actions sans droit de vote par voie de conversion d'actions ordinaires déjà émises ou, si cette faculté a été prévue par les statuts, en cas de conversion d'actions sans droit de vote en actions ordinaires, l'assemblée générale détermine le montant maximal d'actions à convertir et fixe les conditions de conversion.

L'offre de conversion est faite en même temps à tous les actionnaires et à proportion de leur part dans le capital social. 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 trente jours à partir de l'ouverture de la souscription, annoncée par un avis fixant le délai de souscription et publié au Mémorial et dans **un journal deux journaux** publiés au Luxembourg.

Toutefois, lorsque toutes les actions sont nominatives, les actionnaires peuvent être informés par lettre recommandée.

Article 46

La CDEB propose de libeller l'article 46 comme suit :

Art. 46. (1) Les actions sans droit de vote disposent d'un droit de vote lorsque la délibération de l'assemblée générale est de nature à modifier les droits attachés aux actions sans droit de vote ainsi que dans toute assemblée appelée à se prononcer sur la réduction du capital social ou sur la dissolution anticipée de la société.

(2) Hormis le cas où **le** droit de vote leur est reconnu, il n'est pas tenu compte des actions sans droit de vote pour la détermination des conditions de présence et de majorité à observer dans les assemblées générales.

Article 47

La CDEB propose de modifier l'article 47 comme suit :

Art. 47. Les convocations, rapports et documents qui, conformément aux dispositions de la présente loi sont envoyés ou communiqués aux actionnaires de la société, sont également envoyés ou communiqués aux **détenteurs porteurs** des actions **privilegiées** sans droit de vote et ce dans les délais prescrits à cet effet.

Commentaire

La possibilité d'émettre des actions sans droit de vote avait été introduite en droit luxembourgeois en 1983 et était soumise à certaines conditions :

- les actions sans droit de vote ne pouvaient représenter plus de la moitié du capital social ;
- les actions sans droit de vote devaient conférer un droit privilégié au bénéficiaire et au remboursement de l'apport.

Il est apparu en pratique, surtout dans les sociétés non cotées, que la limite de 50% du capital constituait un frein à la libre organisation de la gouvernance. A l'instar d'autres juridictions comme les Pays-Bas, il est proposé d'abolir cette restriction et de permettre une plus grande liberté des parties dans la détermination de la proportion du capital auquel sera attaché un droit de vote. Dans le même ordre d'idées il est souhaitable de laisser aux actionnaires la possibilité dans les statuts de déterminer librement les droits financiers attachés aux actions sans droit de vote et ceci le cas échéant sous réserve des limites posées par l'article 1855 du Code Civil.

Le plus souvent, comme c'est le cas aujourd'hui, l'action bénéficiera de droits financiers accrus. Les droits et obligations attachés aux actions de préférence devront être décrits dans les statuts et seront soumis aux formalités de publication afin d'assurer une information adéquate de tous les tiers et de renforcer les droits des porteurs.

Au vu de ce qui précède, il est proposé d'abroger purement et simplement l'article 44 de la loi du 10 août 1915 avec ses restrictions à l'émission des actions sans droit de vote en termes de pourcentage du capital social et en termes de droits financiers privilégiés auxquels elles doivent donner droit.

En contrepartie l'article 45 sera complété par l'insertion d'un nouveau paragraphe 2 qui précise que les droits financiers des actions sans droit de vote doivent être fixés dans les statuts, ceci à la fin d'assurer une information adéquate des tiers et une sécurité juridique accrue pour les détenteurs d'actions sans droit de vote. Il est entendu que la liberté contractuelle sera limitée par l'interdiction des clauses léonines.

Les autres modifications à l'article 45 se limitent à des modifications techniques. Le mot « privilégié » est supprimé pour ne parler plus que « d'actions sans droit de vote ».

L'article 46 de la loi est modifié dans le sens de la simplification.

Les actions sans droit de vote disposent d'un droit de vote si les délibérations de l'assemblée générale modifient leurs droits. Dans ce cas, il est entendu que l'article 68 relatif au vote par catégorie est applicable. Les actions sans droit de vote disposent également d'un droit de vote en cas de réduction du capital ou de dissolution anticipée de la société.

La SCDS décide de reprendre ces propositions de modification qui, selon elle, constituent un facteur de compétitivité. Elle note toutefois qu'il convient de garder à l'œil le projet de loi 6624 portant réforme du régime de publication légale relatif aux sociétés et associations. En effet, il conviendra de remplacer la référence au Mémorial dans le dernier alinéa par une référence au « RESA » dans l'hypothèse où le projet de loi portant réforme de la publication et instaurant la plateforme « registre électronique sociétés et associations » serait évacué avant le projet de loi 5730.

Limitation de l'exercice des droits de vote : Articles 67 et 195

La CDEB propose de modifier les articles 67 et 195 afin de consacrer sur le plan législatif la pratique consistant à limiter l'exercice des droits de vote d'actionnaires ou d'associés dans des hypothèses particulières.

Article 67

La CDEB propose d'insérer un nouveau paragraphe 8 à l'article 67 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

La SCDS décide de reprendre cette proposition tout en modifiant légèrement le début de phrase du deuxième alinéa. De même, la SCDS est d'avis qu'il y a lieu de supprimer les mots « ou définitivement ». L'actionnaire pourra le cas échéant renouveler sa renonciation. Ces changements seront repris à l'identique à l'article 195.

« (8) Les statuts peuvent prévoir que le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, peut suspendre les droits de vote de tout actionnaire qui est en défaut de remplir les obligations lui incombant en vertu des statuts ou de son acte de souscription ou d'engagement.

Il est permis à tout actionnaire ~~Un actionnaire peut aussi consentir~~, à titre personnel, à ne pas exercer temporairement ~~ou définitivement~~ tout ou partie de ses droits de vote. Une telle renonciation lie l'actionnaire renonçant et s'impose à la société dès sa notification à cette dernière. »

Article 195

La CDEB propose d'insérer deux alinéas additionnels à l'article 195 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales qui prendront la teneur suivante :

« Les statuts peuvent prévoir que la gérance peut suspendre les droits de vote de tout associé qui est en défaut de remplir les obligations lui incombant en vertu des statuts ou de son acte de souscription ou d'engagement.

Il est permis à tout associé ~~Un associé peut aussi consentir~~, à titre personnel, à ne pas exercer temporairement ~~ou définitivement~~ tout ou partie de ses droits de vote. Une telle renonciation lie l'associé renonçant et s'impose à la société dès sa notification à cette dernière. »

La SCDS décide de reprendre cette proposition.

Commentaire

S'il est de principe que l'acte de société ne peut supprimer ou limiter les droits de vote des actionnaires ou associés ou de certains d'entre eux (exception faite, sous certaines limites, des actions sans droit de vote dans les sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions), la pratique connaît depuis longtemps les clauses de limitation, voire de suppression des droits de vote au titre de sanction d'actionnaires ou associés ne remplissant pas leurs obligations sociales. Il s'agit-là de l'application (par analogie) de l'*exceptio non adimpleti contractus* en matière sociétaire. Une application législative particulière de ce principe est d'ailleurs l'actuel article 67 paragraphe 7, sanctionnant les actionnaires en défaut d'effectuer les versements sur le capital appelés et exigibles par la suspension de leurs droits de vote.

La pratique va cependant au-delà de ce cas de figure. Ainsi, concernant les sociétés structurées comme des fonds dits de *private equity*, il est habituel et conforme aux attentes des parties impliquées que les droits de vote peuvent être suspendus dans des cas de défaut ou d'inexécution susceptibles de mettre en péril le bon fonctionnement du fonds. A titre d'exemple, la documentation de tels fonds (comprenant les statuts de la société et les

contrats bi- ou multilatéraux de souscription des investisseurs, ainsi que, pour certains type de fonds réglementés prenant la forme d'organismes de placement collectif, un document d'émission ou prospectus) prévoit habituellement la suspension des droits de vote de ceux des investisseurs qui ne remplissent pas leur obligation contractuelle d'apporter des fonds complémentaires (*capital calls* – lesquels ne se font pas nécessairement dans le cadre d'un capital non entièrement libéré, mais plus souvent par voie d'émissions complémentaires). Il est aussi fréquemment stipulé que les droits de vote sont suspendus pour ceux des actionnaires ou associés qui, malgré leur engagement contractuel en ce sens, ne remplissent pas ou plus les conditions d'éligibilité réglementaires ou fiscales pour être investisseur dans ce fonds.

Cette suspension des droits de vote est souvent doublée d'une suspension des droits économiques, voire d'un droit au rachat forcé accordé statutairement au fonds, lequel doit *in fine* être en mesure de se défaire d'investisseurs en défaut contractuel pour préserver les droits légitimes des autres investisseurs. La validité de telles sanctions touchant aux droits économiques des actionnaires ou associés ne donne d'ailleurs pas lieu à débat dans la mesure où elles sont dûment reflétées dans les documents constitutifs de la société, sous réserve uniquement de l'application éventuelle des règles en matière de révision judiciaire des clauses pénales excessives.

Par souci de sécurité juridique, les pratiques légitimes concernant la suspension des droits de vote à titre de sanction méritent d'être consacrées par un texte de loi exprès. La sanction de la suspension des droits de vote doit être expressément prévue dans les statuts. Elle peut sanctionner l'inexécution d'obligations visées tant dans les statuts que dans tout autre acte, contrat ou document déterminant les obligations et engagements d'un actionnaire à l'égard de la société, tel notamment un contrat de souscription d'actions et d'apports de fonds.

Il existe cependant encore d'autres hypothèses, non liées à une inexécution contractuelle, où une limitation par voie de renonciation peut être dans l'intérêt légitime, tant des actionnaires concernés, que de la société. De telles situations se retrouvent notamment - à nouveau - dans le secteur important pour la place financière luxembourgeoise que sont les fonds de *private equity*.

Un autre exemple de nécessité à voir limiter l'exercice des droits de vote dans le chef de certains actionnaires est celui d'investisseurs qui, pour des raisons règlementaires, comptables ou fiscales, ne peuvent dépasser certains seuils de droits de vote. Ceci peut notamment être le cas pour des institutions financières soumises à un contrôle prudentiel.

Pour étayer la sécurité juridique entourant des tels arrangements légitimes, il paraît utile de voir reconnaître par voie législative la validité et l'opposabilité de telles renonciations librement consenties. Le texte proposé précise qu'une telle renonciation est faite à titre personnel, et n'affecte donc pas les droits attachés à l'action ou la part en tant que telle. En cas de cession à un autre actionnaire ou associé, la renonciation à l'exercice du droit de vote ne suit pas l'action ou la part. Il en résulte aussi qu'une telle renonciation devra être faite par un acte personnel, séparé des statuts, de sorte qu'un risque d'utilisation abusive de clauses de style statutaires n'est pas donné. Il est finalement entendu que le texte ne permettrait pas une renonciation qui serait à la fois totale et définitive.

Les textes proposés concernent la société anonyme et la société à responsabilité limitée, ainsi que, par renvoi, la société en commandite par actions. Il ne paraît pas utile d'amender les textes applicables à la société en commandite simple et à la société en commandite spéciale, dans la mesure où leur régime généralement plus flexible en matière

d'organisation des droits de vote ne laisse planer aucun doute quant à la validité et l'opposabilité de tels arrangements en l'état.

La SCDS approuve ce commentaire et décide de faire siennes les propositions de modification avec les changements adoptés par la SCDS.

2. Divers

Les prochaines réunions auront lieu le jeudi 19 mars à 10h30 et le lundi 23 mars de 14 à 17h00.

Luxembourg, le 16 mars 2015

Le Secrétaire administrateur,
Carole Closener

Le Président,
Franz Fayot