



CHAMBRE DES DÉPUTÉS  
GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG

Session ordinaire 2015-2016

CC/pk

P.V. SCDS 01

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

**Procès-verbal de la réunion du 14 mars 2016**

Ordre du jour :

1. **Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 12, 19 et 23 mars 2015**
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 Franz Fayot**  
**- Examen de l'avis complémentaire du Conseil d'Etat**
3. **Divers**

\*

Présents : Mme Simone Beissel, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden, Mme Viviane Loschetter, M. Roy Reding  
Mme Hélène Massard, du Ministère de la Justice

Mme Carole Closener, de l'Administration parlementaire

\*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

\*

1. **Approbation des projets de procès-verbal des réunions des 12, 19 et 23 mars 2015**

Ce point est reporté à une réunion ultérieure.

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**

Remarque préliminaire :

L'examen qui suit est basé sur l'avis complémentaire du Conseil d'Etat du 23 février 2016 (cf. doc. parl. N°5730<sup>9</sup>) tout en tenant compte de certains points soulevés par l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, dans son avis du 4 septembre 2015 (cf. doc. parl. n°5730<sup>6</sup>), la Chambre de Commerce, dans son avis complémentaire du 22 janvier 2016 (cf. doc. parl. n°5730<sup>7</sup>), ainsi que la Chambre des Notaires (cf. doc. parl. n°5730<sup>8</sup>).

**II. Amendements portant sur l'article 1<sup>er</sup> – Le Titre IX (Des sociétés) du Code civil**

Point 2) Article 1853, nouvel alinéa 3

Le Conseil d'Etat marque son accord quant à l'introduction d'une disposition sur les « *tracking shares* ». Il s'interroge toutefois sur le libellé retenu par les auteurs de l'amendement. Il constate en effet que le nouvel article 1853 utilisera le terme de « part » avec deux significations différentes. Dans les deux premiers alinéas, le terme de « part » vise la participation dans le résultat de la société concernée et dans l'alinéa 3, que les amendements proposent d'ajouter, ce terme est compris dans le sens de « titre représentant une part du capital de la société ».

Le Conseil d'Etat propose dès lors de remplacer, à l'alinéa 3, le terme de « part » par celui de « titre » qui constitue le terme générique pour désigner la part dans le capital d'une société.

Des redressements en ce sens s'imposent également concernant l'article 1852*bis*, objet de l'amendement du point 1) ci-avant, où le terme de « part » a l'acception de « titre ».

La Sous-commission (ci-après la « SCDS ») décide de reprendre la proposition du Conseil d'Etat.

Point 3) Article 1855, nouvel alinéa 3

Le Conseil d'Etat marque son accord avec l'amendement qui vise à donner une base juridique aux conventions de portage tout en respectant l'interdiction des clauses dites léonines. Dans un souci de précision, le Conseil d'Etat propose de remplacer les termes « sans qu'elles aient pour objet... » par « qui n'ont pas pour objet » ou « à condition qu'elles n'aient pas pour objet ».

La SCDS fait sienne la proposition du Conseil d'Etat de remplacer les termes « sans qu'elles aient pour objet... » par « qui n'ont pas pour objet ».

Point 4) Nouvel article 1865*bis* du Code civil

Le Conseil d'Etat marque son accord avec l'amendement.

Cependant l'Ordre des Avocats de du Barreau de Luxembourg (ci-après « l'Ordre des Avocats ») ne peut approuver les modifications apportées à l'alinéa 4. En effet, le président du tribunal siège comme en matière de référé, c'est-à-dire que les règles de procédure sont les mêmes qu'en matière de référé. Mais, contrairement au juge des référés, il rend une décision au fond et non au provisoire; il est donc inexact de dire qu'il siège „comme juge des référés“.

Par conséquent l'Ordre des Avocats propose de modifier comme suit la 2e phrase de l'alinéa 4:

*„Les créanciers peuvent, dans les 30 jours à compter de la publication de la dissolution, demander au président du tribunal d'arrondissement **statuant comme en matière de référé** la constitution de sûretés.“*

La SCDS constate que l'analyse de l'Ordre des Avocats est correcte et dès lors décide de reprendre sa proposition pour l'alinéa 4.

### **III. Amendements portant sur l'article II. – La loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales**

#### Point 2quinquies) Article 8

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation sur l'amendement. Il renvoie toutefois aux observations formulées par l'Ordre des avocats qui propose de viser également la société anonyme simplifiée [à lire la « Société par actions simplifiée »].

Dans son avis du 4 septembre 2015, l'Ordre des Avocats note en effet que le régime de publication des actes constitutifs des sociétés anonymes simplifiées n'est visé pour l'instant ni par l'article 5 (publication par extraits) ni par l'article 8 modifié par l'article 2quinquies du projet. Il convient d'ajouter le cas des sociétés anonymes simplifiées au premier alinéa de l'article 8 en prévoyant ainsi une publication intégrale de l'acte constitutif. Il est vrai que l'article 101-18 alinéa 3 proposé contient un renvoi général aux règles régissant la SA, mais il semble utile, à l'instar de la situation des SCA, de prévoir le cas des SAS de manière spécifique à l'article 8 alinéa 1. A titre de comparaison, ces exigences de publicité, qui résultent de la transposition de la première directive 68/151/CEE, s'appliquent aux SAS françaises (incluses dans la liste des sociétés visées suite à la directive 2003/58/CE).

La SCDS fait sienne la proposition de l'Ordre des avocats.

#### Point 4) Article 11ter

Le Conseil d'Etat renvoie aux observations formulées par l'Ordre des avocats et propose de reprendre le texte alternatif formulé dans cet avis.

L'Ordre des Avocats note qu'il est proposé de suivre de près la formulation de l'article 66 (1) de la loi du 22 mars 2004 relative à la titrisation, ceci notamment afin de clarifier qu'il est possible de déroger à ces dispositions, en tout ou en partie, tout en conservant un régime approprié d'organisation des obligataires, que ce soit par modification ponctuelle du régime légal luxembourgeois, ou par adoption d'un régime de remplacement, soit contractuel, soit légal (en cas d'application d'un droit étranger).

Une société luxembourgeoise qui soumet son émission à un droit étranger peut donc déroger aux articles 84 à 94-8 soit par application automatique des dispositions du droit étranger, soit en prévoyant un régime contractuel dans la mesure permise par le droit étranger applicable. En ce qui concerne les émissions soumises au droit luxembourgeois, la société luxembourgeoise peut également prévoir un régime dérogatoire aux dispositions des articles 84 à 94-8, à condition de prévoir ces dérogations de manière expresse dans l'acte d'émission.

La SCDS décide de suivre le Conseil d'Etat en adoptant la proposition de l'Ordre des avocats qui propose de rédiger l'alinéa 2 de l'article 11ter comme suit:

**„Les articles 84 à ~~96-94-8~~ sont applicables à toute émission d'obligations, ~~sauf disposition contraire des statuts ou de l'acte d'émission par une société. L'acte d'émission de ces obligations peut cependant déroger à ces dispositions.~~“**

A l'alinéa 3, il est prévu que ces dispositions peuvent être rendues applicables à d'autres „titres de créance“ (autres que des actions ou des parts). Or, selon l'Ordre des Avocats il serait souhaitable de revenir au texte précédant qui utilisait le terme „valeurs mobilières“, ce qui permet d'ouvrir plus largement le champ d'application électif. Si le législateur par contre souhaite conserver le terme actuellement proposé, il est suggéré d'enlever les mots „autres que des actions ou des parts“, les actions ou les parts n'étant pas des titres de créance.

La SCDS décide de suivre l'Ordre des Avocats en retenant le terme « valeurs mobilières »

#### Nouveau Point 4bis) – Introduction d'un article 11quater nouveau

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation sur le contenu de l'amendement. L'Ordre des avocats propose une formulation différente qui ne modifie en rien le contenu.

Partant, la SCDS décide de maintenir le texte initial.

#### Point 5) Article 12ter

Le Conseil d'Etat propose de rédiger l'article 12ter, paragraphe 2, point 3), comme suit :

**« 3) si la société civile et la société en nom collectif ne comprennent pas au moins deux fondateurs valablement engagés ou si la société en commandite simple ne comprend pas au moins un associé commandité et un associé commanditaire distincts valablement engagés ».**

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

#### Point 17bis) Article 32

L'insertion d'un paragraphe 7 dans l'article 32 vise à donner une base légale indiscutable à la technique d'émission d'actions sans mention de valeur nominale en deçà du pair comptable des actions anciennes de la même catégorie dans le cadre du capital autorisé. Le Conseil d'Etat peut y marquer son accord. Il propose toutefois de remplacer à l'alinéa 1<sup>er</sup> la référence à l'article 32 par une référence aux paragraphes 2 et 3 et d'écrire « ...conformément aux paragraphes 2 ou 3 ... ».

La SCDS suit l'avis du Conseil d'Etat.

### Point 20) Article 32-3

L'amendement porte sur plusieurs points.

En ce qui concerne l'information des porteurs d'actions nominatives prévue à l'article 32-3, paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>, l'ajout à la référence du moyen de la lettre recommandée des termes « sans préjudice d'autres moyens de communication acceptés individuellement par leurs destinataires » vise à couvrir tout moyen de communication de nature à garantir une information effective. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la formule retenue, alors qu'elle fait abstraction du critère de la réception pourtant souligné dans le commentaire. Le Conseil d'Etat propose d'ajouter les mots « et garantissant l'information ».

L'amendement apporté au texte proposé pour l'article 32-3, paragraphe 4, vise à clarifier que les restrictions à la négociabilité du titre auquel est lié le droit de souscription s'appliqueront nécessairement à ce même droit.

L'amendement portant sur le texte proposé concernant l'article 32-3, paragraphe 5, tend à préciser que l'absence du rapport du conseil d'administration ou du directoire entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale concernée.

Le nouveau paragraphe 5*bis* a pour objet de régler en droit luxembourgeois la possibilité pour une société anonyme d'émettre des actions gratuites aux membres de son personnel. Les auteurs de l'amendement expliquent que le nouveau dispositif législatif 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. Le Conseil d'Etat a certaines interrogations sur le texte proposé. Il relève, d'abord, que le droit des sociétés luxembourgeois s'est toujours orienté, pour tout ce qui ne relève pas du droit européen, sur le droit belge et qu'il a des réserves par rapport à un changement de référence. Il note, encore, que le paragraphe 5*bis*, alinéa 1<sup>er</sup>, vise les membres du personnel salarié de la société et que le premier tiret de l'alinéa 3 mentionne les salariés de sociétés ou groupements d'intérêt économique dont 10% au moins du capital ou des droits de vote sont détenus directement ou indirectement par la société attribuant les actions gratuites. Le dernier tiret de l'alinéa 3 vise toutefois les mandataires sociaux, ce qui est conforme au commentaire qui inclut les dirigeants sociaux. Le Conseil d'Etat note, ensuite, que les textes français donnent la compétence à l'assemblée générale extraordinaire, alors que le paragraphe sous examen renvoie aux statuts qui peuvent conférer compétence au conseil d'administration ou au directoire. Par ailleurs, le paragraphe 5*bis* fait également intervenir à la fin du premier et au deuxième alinéa l'assemblée générale, notamment pour fixer les conditions et modalités de l'attribution. Que signifie, dans ce contexte, la phrase « les dispositions du paragraphe (5) sont applicables sous réserve de ce qui est dit au présent paragraphe » ? Le Conseil d'Etat ne comprend pas quelle est l'option qu'entendent prendre les auteurs. S'agit-il de prévoir que l'assemblée générale est compétente pour toute émission d'actions gratuites en cas d'augmentation de capital ? S'agit-il de permettre aux statuts de conférer compétence au conseil d'administration ou au directoire pour l'intégralité de l'opération ?

Le nouveau texte du paragraphe 7 n'appelle pas d'observation particulière.

La SCDS reprend la proposition du Conseil d'Etat d'ajouter les mots « et garantissant l'information ».

Concernant les questions soulevées par le Conseil d'Etat sur la signification de la référence au paragraphe (5) de l'article 32-3, la SCDS relève que cette référence porte sur l'obligation

pour le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, d'établir le rapport prévu au paragraphe (5) lorsque l'autorisation d'émettre des actions gratuites est donnée par l'assemblée générale.

Toutefois, lorsque l'émission est décidée par l'organe de gestion en vertu du capital autorisé, les paragraphes (2) à (5) de l'article 32 sont applicables.

#### Nouveau point 24) Articles 44 à 47

Le Conseil d'Etat marque son accord avec l'amendement qui vise à préciser que les droits financiers des actions sans droit de vote doivent être fixés dans les statuts.

En qui concerne la formulation « sans préjudice d'autres moyens de communication acceptés individuellement par leurs destinataires », le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit du point 20. Il en est de même pour la publication dans un seul journal.

La SCDS reprend la proposition du Conseil d'Etat d'ajouter les mots « et garantissant l'information ».

#### Point 26) Article 49-2

Le Conseil d'Etat renvoie à l'avis de l'Ordre des avocats qui propose d'ajouter au nouveau point 5) derrière le mot « actionnaires » les termes « se trouvant dans la même situation ». Le Conseil d'Etat relève que cet ajout est conforme à la logique de l'article 42 de la directive 2012/30/UE auquel le commentaire se réfère et qui vise l'hypothèse de plusieurs catégories d'actions.

La SCDS se rallie à l'avis du Conseil d'Etat de reprendre la proposition de l'Ordre des avocats.

#### Point 28) Article 49-6

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la proposition de l'Ordre des avocats d'étendre au paragraphe 2 l'exception à l'interdiction y prévue dans l'hypothèse où la société avance les fonds ou accorde les prêts afin de permettre l'acquisition d'actions propres par le personnel de la société en question ou par le personnel d'une société avec laquelle elle a un lien de contrôle. Cette solution est à retenir pour assurer la conformité avec la directive 2012/30/UE et la cohérence avec l'article 49-2, paragraphe 3, alinéa 1<sup>er</sup>. Le Conseil d'Etat renvoie aussi à l'article 32-3, paragraphe 5*bis*, alinéa 3, premier tiret (inséré par le point 20) qui permet l'attribution d'actions gratuites au personnel de sociétés ou groupements d'intérêt économique dont 10 pour cent au moins du capital ou des droits de vote sont détenus directement ou indirectement par la société en question.

Le Conseil d'Etat propose encore de remplacer les termes « notamment au regard des intérêts perçus par la société et des sûretés qui lui sont données » par « notamment au regard des intérêts perçus par la société ou des sûretés qui lui sont données », alors qu'il ne peut s'agir de conditions devant se cumuler pour apprécier les « justes conditions de marché ».

La SCDS reprend la proposition de l'Ordre des avocats d'étendre au paragraphe (2) l'extension de l'exemption aux personnels de sociétés liées à la société émettrice par un lien de contrôle. Concernant la formulation proposée par le Conseil d'Etat de remplacer les termes « notamment au regard des intérêts perçus par la société et des sûretés qui lui sont données » par « notamment au regard des intérêts perçus par la société ou des sûretés qui lui sont données », elle décide de ne pas la reprendre afin d'être en ligne avec l'article 25 de la directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital.

Partant le point 28 sera libellé comme suit :

28) - La 1<sup>ère</sup> phrase du point a) du paragraphe 1 de l'article 49-6 est modifiée comme suit :

*« a) Ces opérations ont lieu sous la responsabilité du conseil d'administration ou du directoire à de justes conditions de marché, notamment au regard des intérêts perçus par la société et des sûretés qui lui sont données en contrepartie des prêts et avances visés ci-dessus. »*

- **Le paragraphe 2 de l'article 49-6 est libellé comme suit :**

*„(2) Le paragraphe (1) ne s'applique ni aux transactions faites dans le cadre des opérations courantes des banques et d'autres établissements financiers, ni aux opérations effectuées en vue de l'acquisition d'actions par ou pour le personnel de la société **ou d'une société liée à celle-ci par un lien de contrôle**. Toutefois, ces transactions et opérations ne peuvent avoir pour effet que l'actif net de la société devienne inférieur au montant du capital souscrit, augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer.“*

#### Point 33) Article 57

Dans son avis précité du 23 février 2010, le Conseil d'Etat avait considéré que le texte actuel de l'article 57 est suffisamment protecteur des intérêts de la société. La formulation « intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou une opération relevant du conseil d'administration », outre qu'elle est compliquée, est juridiquement critiquable dès lors que l'opposition d'intérêts se vérifie par rapport à l'entité juridique de la société. Le Conseil d'Etat reviendra sur la question dans le cadre des amendements sur le point 59) portant sur le nouvel article 101-25, mais note qu'à l'alinéa 2 l'intérêt opposé est, à juste titre, décrit comme celui opposé à celui de la société.

La SCDS décide de reprendre la formulation proposée par le Conseil d'Etat à l'endroit de l'article 101-25.

#### Point 34) Article 59

Le Conseil d'Etat marque son accord avec les principes retenus dans le texte de l'article 59 tel qu'amendé. Il propose d'ajouter les termes « et les membres du comité de direction » derrière la référence aux administrateurs à l'alinéa 2, plutôt que d'insérer un alinéa 3, procédant à une extension du régime aux membres du comité de direction. L'alinéa 3 pourrait ainsi être omis pour être superflu. Enfin, le Conseil d'Etat propose d'ajouter une référence au directeur à l'alinéa 2.

La SCDS approuve la proposition d'ajouter les termes « et les membres du comité de direction » derrière la référence aux administrateurs à l'alinéa 2. Par ailleurs elle approuve la proposition de supprimer l'alinéa 3. En revanche elle ne suit pas la proposition du Conseil d'Etat d'ajouter la référence au directeur, estimant que l'article 101-23 couvre la responsabilité du directeur.

Point 35) Article 60

Le Conseil d'Etat marque son accord avec le principe énoncé à l'alinéa 5. Il propose, pour la formulation, de s'inspirer du libellé de l'article 59.

En l'absence de proposition de texte, la SCDS décide de laisser le texte en l'état.

Point 36) Articles 60-1 et 60-2

Le Conseil d'Etat partage les interrogations de l'Ordre des avocats quant à l'ajout proposé dans l'amendement suivant lequel « le comité de direction exerce ses pouvoirs de manière exclusive ». Il relève encore que cette phrase ne donne de sens que si les pouvoirs du comité sont clairement définis par rapport à ceux du conseil d'administration. Pour des domaines de compétence commune, la formule est vide de signification.

Le Conseil d'Etat propose encore de ne pas omettre la référence aux statuts, alors qu'il y va du respect du pacte social.

En ce qui concerne l'article 60-2, alinéas 1<sup>er</sup> et 4, le Conseil d'Etat renvoie à sa proposition de texte formulée au point 59) portant sur l'article 101-25.

Le Conseil d'Etat propose toutefois de modifier l'articulation des alinéas et de placer l'alinéa 4 actuel, relatif au directeur général, derrière l'alinéa 5 actuel sur le comité de direction, ceci dans le respect de la structure *organique de la société*.

La SCDS suit la proposition de l'Ordre des avocats à laquelle se rallie le Conseil d'Etat, quant à la suppression de la phrase « *Le comité de direction exerce ses pouvoirs de manière exclusive* ». En revanche, pour des raisons de sécurité juridique, la SCDS décide de maintenir, à l'alinéa 5, les termes « et la clause statutaire visée à l'alinéa 3 ». En effet, il ne s'agit pas d'une erreur matérielle comme suggéré par l'Ordre des Avocats. Le Conseil d'Etat propose d'ailleurs de maintenir cette référence.

En outre la SCDS reprend la proposition de texte formulée au point 59) portant sur l'article 101-25 et la proposition d'inverser les alinéas 4 et 5.

Partant, le point 36 sera formulé comme suit :

36) Après l'article 60 sont insérés des articles 60-1 et 60-2 rédigés comme suit :

*« Art. 60-1.– Les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs de gestion à un comité de direction ou un directeur général, sans que cette délégation puisse porter sur la politique générale de la société ou sur l'ensemble des actes réservés au conseil d'administration en vertu d'autres dispositions de la loi. Si un comité de direction est institué ou un directeur général est nommé, le conseil d'administration est chargé de surveiller celui-ci. Le comité de direction exerce ses pouvoirs de manière exclusive.*

*Le comité de direction se compose de plusieurs personnes, qu'ils soient administrateurs ou non.*



*Les conditions de désignation des membres du comité de direction ou du directeur général, leur révocation, leur rémunération et la durée de leur mission de même que le mode de fonctionnement du comité de direction, sont déterminés par les statuts ou, à défaut de clause statutaire, par le conseil d'administration.*

*Les statuts peuvent conférer au directeur général ou à un ou à plusieurs membres du comité de direction, le pouvoir de représenter la société, soit seuls, soit conjointement.*

*La nomination d'un directeur général et l'instauration d'un comité de direction et la clause statutaire visée à l'alinéa 3, le pouvoir de représentation du directeur général et des membres du comité de direction, sont opposables aux tiers dans les conditions prévues par l'article 9.*

*Les statuts ou une décision du conseil d'administration peuvent apporter des restrictions au pouvoir de gestion qui peut être délégué en application de l'alinéa 1er. Ces restrictions, de même que la répartition éventuelle des tâches dont les membres du comité de direction sont convenus, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées. »*

*« Art. 60-2.— Si un membre du comité de direction a, directement ou indirectement, un intérêt de nature patrimoniale opposé à celui de la société ~~une décision ou à une à l'occasion d'une~~ opération relevant du comité, il est tenu d'en prévenir le comité et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la séance. Il ne peut prendre part à cette délibération.»*

*Il est spécialement rendu compte, à la première réunion du conseil d'administration, avant tout vote sur d'autres résolutions, des opérations dans lesquelles un des membres du comité de direction aurait eu un intérêt opposé à celui de la société.*

*Une copie du procès-verbal est transmise au conseil d'administration lors de sa prochaine réunion.*

*Lorsque, en raison d'une opposition d'intérêts, le nombre de membres du comité de direction requis en vue de délibérer et de voter sur le point en question n'est pas atteint, le comité de direction peut décider de déférer la décision sur ce point au conseil d'administration.*

*Lorsque le directeur général a directement ou indirectement un intérêt de nature patrimoniale opposé à celui de la société à l'occasion d'une opération qu'il est en droit de décider, ~~une décision ou à une opération relevant de ses attributions,~~ il doit déférer la décision au conseil d'administration.*

*Les dispositions des alinéas qui précèdent ne sont pas applicables lorsque les décisions du comité de direction concernent des opérations courantes et conclues dans des conditions normales.*

#### Point 41) Articles 63bis à 63septies

En ce qui concerne la teneur donnée par les amendements au nouvel article 63bis, les auteurs expliquent qu'en réponse aux observations du Conseil d'Etat, il est décidé de revenir à la version initiale du texte. Le Conseil d'Etat rappelle que, dans son avis précité du 23 février 2010, il avait émis une opposition formelle en considérant ce qui suit : « Le dernier

*alinéa de l'article 63bis restreint le cadre des actionnaires pouvant exercer l'action minoritaire en excluant ceux qui ont voté la décharge. Cependant, les actionnaires ayant voté la décharge peuvent l'exercer si cette décharge n'est pas valable. Cette dernière proposition introduit une difficulté supplémentaire dans l'examen de la recevabilité d'une action introduite par des actionnaires ayant le droit de vote, car elle introduit une question préjudicielle à l'action. Il se pose encore la question de l'effet de la constatation d'une irrégularité de la décision. Enfin, il se pose la question contre qui une telle action devrait être introduite ».* Il avait encore observé que l'amendement parlementaire n'est pas de nature à lever l'opposition formelle. Le Conseil d'Etat constate que cette disposition est reprise comme avant-dernier alinéa de l'article 63bis dans la teneur résultant de l'amendement. Outre les considérations relevées ci-avant, déjà émises dans son avis précité du 23 février 2010, le Conseil d'Etat souligne que pareille disposition n'est pas prévue à l'article 59 concernant l'action dite majoritaire. Cette disposition est d'ailleurs superflue en ce que les droits des actionnaires dans les situations visées par le nouvel alinéa 3 sont réglés par le droit commun des contrats ainsi que par le principe *fraus omnia corrumpit*. Dans ces conditions, le Conseil d'Etat ne saurait lever son opposition formelle que si les auteurs font abstraction du nouvel alinéa 3.

Le Conseil d'Etat relève que l'alinéa 4 relatif aux frais ne se retrouve pas non plus à l'article 59 de la loi de 1915, et il en demande la suppression.

Le Conseil d'Etat partage encore les interrogations formulées dans l'avis précité de l'Ordre des Avocats des avocats quant à la signification du début de phrase « *Pour les actionnaires ayant droit de vote* ».

Finalement, il voudrait souligner que le fait que le seuil fixé à l'alinéa 2 de l'article 63bis venait à ne plus être atteint en cours de procédure ne prive pas les requérants de leur droit d'agir.

En ce qui concerne le dernier alinéa relatif à la prise en charge des frais par la société, le Conseil d'Etat rappelle que, dans son avis précité du 23 février 2010, il avait considéré que le texte était superfétatoire, au regard des articles 238 et suivants du Nouveau Code de procédure civile et de l'article 6-1 du Code civil. Le Conseil d'Etat relève que l'Ordre des avocats critique à son tour cette disposition.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation sur la suppression des articles 63ter, 63quater, 63quinquies et 63sexies.

La SCDS suit le Conseil d'Etat en supprimant les alinéas 3 et 4.

#### Point 42bis) Article 64bis

Le Conseil d'Etat marque son accord avec l'amendement. Les termes « sauf disposition contraire des statuts » figurent encore au paragraphe 3.

#### Point 43) Article 67

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation sur l'insertion au paragraphe 2 d'un nouvel alinéa 2 après l'alinéa 1<sup>er</sup>.

En ce qui concerne l'exigence de la présence physique des actionnaires ou mandataires à Luxembourg pour la tenue de l'assemblée, le Conseil d'Etat partage les critiques formulées par l'Ordre des avocats. Il propose dès lors d'omettre le troisième tiret du point 43), dès lors qu'il ne faut pas mêler le droit des sociétés et le droit fiscal international et qu'il y a lieu de préserver l'autonomie statutaire en la matière.

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

Le Conseil d'Etat comprend l'ajout des termes « sauf disposition contraire des statuts » au paragraphe 4, alinéa 2, comme permettant un retour à la règle « une action, une voix » qui est posée à l'alinéa 1<sup>er</sup>. Il conçoit toutefois qu'une autre lecture est également possible permettant une solution statutaire autre que celles expressément prévues aux alinéas 1<sup>er</sup> et 2. Si la première lecture est à retenir, il suffirait, au lieu de l'amendement sous examen, d'ajouter à la fin du nouvel alinéa 2 la phrase suivante : « Les statuts peuvent prévoir l'application de l'alinéa 1<sup>er</sup>. »

La SCDS décide néanmoins de maintenir la mention « sauf disposition contraire des statuts ».

En réponse aux observations du Conseil d'Etat, de l'Ordre des Avocats et de la Chambre de Commerce, l'exemple pratique suivant illustre la lecture à donner au texte :

Hypothèse : la société LuxCo émet des actions de catégorie A et B de valeur nominale inégale.

Monsieur/Madame X détient 50 actions de catégorie A d'une valeur nominale de EUR 10.-

Monsieur/Madame Y détient 100 actions de catégorie B d'une valeur nominale de EUR 1.-

Les statuts dérogent au principe énoncé par l'article 67 (4) que chacune des actions de valeur inégale confère de plein droit un nombre de voix proportionnel à la partie du capital qu'elle représente en comptant pour une voix l'action représentant la quotité la plus faible.

Par conséquent, est appliqué dans cette hypothèse le principe « une action, une voix », ce qui dans le cas présent voudra dire que, Monsieur/Madame X détiendra 50 voix et Monsieur/Madame Y 100 voix.

Cela équivaut en pratique à un droit de vote multiple.

En ce qui concerne le nouveau paragraphe 8, le Conseil d'Etat s'interroge sur la précision suffisante des hypothèses dans lesquelles il y a lieu à suspension du droit de vote. Qui constate, et selon quelles procédures, que l'actionnaire n'a pas rempli ses obligations ? Quelles sont les obligations dont le non-respect peut ainsi être sanctionné ? Le Conseil d'Etat estime que ces questions doivent être réglées en détail par les statuts. Dès lors, il propose que la loi renvoie sur ces points aux statuts.

La SCDS décide de ne pas suivre le Conseil d'Etat sur ce point. En effet, quant à la question de la précision suffisante des hypothèses dans lesquelles il y a lieu à suspension des droits de vote, la SCDS fait remarquer que le paragraphe (8) renvoie aux statuts auxquelles il appartiendra de prévoir les cas de suspension des droits de vote.

Il appartiendra ensuite au conseil d'administration ou au directoire, selon le cas, d'apprécier la violation par un actionnaire des obligations lui incombant en vertu des statuts ou de son acte de souscription ou d'engagement.

Le Conseil d'Etat propose de faire abstraction de l'alinéa 2 du paragraphe 8 qui est superflu en ce que les associés sont toujours libres d'exercer ou non leurs droits de vote.

La SCDS décide néanmoins de maintenir l'alinéa 2 du paragraphe 8

Dans son avis du 4 septembre 2015, l'Ordre des Avocats note avec satisfaction l'ajout à l'article 67 d'un nouveau paragraphe (8) qui (i) consacre le pouvoir du Conseil d'Administration, si les statuts le permettent, de limiter l'exercice des droits de vote d'actionnaires dans des hypothèses particulières et (ii) permet à un actionnaire de s'engager à une limitation ou une renonciation de son droit de vote. Il convient cependant de préciser à l'alinéa (2) du nouveau paragraphe qu'il s'agit d'un „engagement“ de l'actionnaire. Ainsi les mots „Il est permis à tout actionnaire“ sont à remplacer par „Un actionnaire peut aussi consentir“ ou, comme alternative, on pourrait laisser le texte tel quel et rajouter après les mots „à titre personnel“ les mots „de s'engager“.

La SCDS partage l'avis de l'Ordre des Avocats et décide de retenir cette alternative en ajoutant les termes « de s'engager », ceci afin de clarifier qu'il s'agit bien d'un engagement ferme et d'avance de l'actionnaire de ne pas exercer son droit de vote dans certains cas de figure.

#### Point 46) initial - Article 68

Le Conseil d'Etat marque son accord sur le retour à la version initiale de l'article 68, ce qui répond à l'opposition formelle qu'il avait formulée dans son avis du 23 février 2010.

#### Point 47) - Article 70

Le Conseil d'Etat partage la critique de l'Ordre des avocats en ce que l'assemblée générale est le premier organe décisionnel de la société et qu'une convocation des administrateurs aux assemblées générales, qu'ils n'ont pas convoqués eux-mêmes, ne saurait dès lors être une obligation. Il propose d'omettre cette exigence.

Pour tenir compte de la critique formulée ci-dessus, la SCDS décide de remplacer, à l'alinéa 3, le terme « devront » par celui de « pourront ».

#### Point 47bis) Nouvel article 70bis

Le Conseil d'Etat rappelle ses observations quant à la garantie que l'information transmise par « d'autres moyens de communication » soit effectivement reçue par le destinataire.

La SCDS reprend la proposition du Conseil d'Etat d'ajouter les mots « et garantissant l'information ».

#### Point 48) Article 73

Le Conseil d'Etat rejoint la proposition de l'Ordre des avocats consistant à supprimer au nouveau point 6) la référence aux statuts coordonnés. La notion des statuts coordonnés n'est en effet pas consacrée par la loi du 10 août 1915. Dans la pratique, les statuts sont très souvent coordonnés par le notaire à la suite de l'assemblée générale et ne visent qu'à faciliter la lecture des différentes modifications statutaires, étant précisé que seules les modifications telles qu'approuvées par les associés sont pertinentes.

En réponse à ces observations, la SCDS précise que le point 6 vise évidemment le projet de statuts coordonnés et propose ainsi d'insérer les termes « du projet ».

Au nouvel alinéa 2, le Conseil d'Etat marque son accord avec la proposition des auteurs des amendements qui vise à permettre désormais aux actionnaires d'obtenir un exemplaire des documents visés sur justification de leur titre. La production du titre, qui est la solution retenue dans la loi actuelle, ne serait dès lors plus exigée. La nouvelle disposition est moins stricte que la solution actuelle et renvoie par ailleurs au principe de la liberté de la preuve qui vaut en matière commerciale.

Le Conseil d'Etat a des interrogations sur le dernier alinéa qui mélange la question de la communication de documents avec celle du droit de vote. Il relève que l'article 198, objet du point 97 des amendements, se limite à traiter de la question de la communication.

Le texte proposé pose encore une série de questions. Dans quels cas, les intéressés disposent-ils d'un droit de vote ou n'assistent-ils qu'avec voix consultative ? Qu'est-ce qu'une « voix consultative » ? Est-ce que ce terme signifie que la personne en question peut participer à l'assemblée générale et y prendre la parole, sans toutefois pouvoir voter ? La formule « selon le cas » ne met pas fin à cette incertitude. La dernière phrase de cet alinéa devra être reformulée afin de répondre à ces questions.

En réponse à ces observations, la SCDS renvoie au commentaire des articles du projet de loi déposé (cf. doc. parl. 5730<sup>0</sup>) qui indique :

*« Quant au droit à l'information revenant aux titulaires de droits démembrés portant sur des actions, il est proposé d'insérer un dernier alinéa à l'art. 73, 6°, L. 10 août 1915, dont le texte est, pour la première phrase, inspiré de l'art. L. 225-118 C. com. fr.187. Il est également proposé à cette occasion et à l'instar de la disposition française précitée d'étendre le droit à l'information concerné aux copropriétaires d'actions indivises (lesquelles sont visées à l'art. 38 L. 10 août 1915). Cette règle n'est pas supplétive, considérant le fait que les titulaires d'actions sans droit de vote disposent également d'un accès à l'information aux termes de l'art. 47 L. 10 août 1915. Dans le même ordre d'idées, poursuivant la comparaison avec la situation des titulaires d'actions sans droit de vote<sup>188</sup>, la seconde phrase rédigée pour l'alinéa proposé affirme ainsi clairement le droit dont disposent les copropriétaires<sup>189</sup> et titulaires de droits démembrés (usufruitier, nu-propriétaire) de participer à l'assemblée générale même s'ils n'y disposent pas du droit de voter.*

#### Point 58) Article 100

Le Conseil d'Etat propose d'aligner le délai de 15 jours qui est proposé pour obtenir un exemplaire des documents visés au délai de convocation de 8 jours prévu à l'article 70 tel qu'amendé.

La SCDS fait sienne cette proposition et décide de retenir le délai de 8 jours.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous le point 48) à propos de l'article 73 en ce qui concerne la « production [par l'actionnaire] de son titre ». L'article 73 tel que modifié a remplacé la production du titre par une justification. Cette modification n'a pas été reprise. Le Conseil d'Etat demande une cohérence entre les deux articles.

La SCDS approuve cette remarque et décide de retenir la formulation de l'article 73 « sur demande et sur justification de son titre ».

Concernant l'alinéa 3, le Conseil d'Etat renvoie à l'observation qu'il a faite à l'endroit du point 17, concernant l'article 32.

Le dernier alinéa reprend l'alinéa 3 du texte actuellement en vigueur. Le Conseil d'Etat propose toutefois que les auteurs saisissent l'occasion pour préciser la référence aux « dispositions qui précèdent » en déterminant les obligations dont la violation risque d'engager la responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs et des membres du directoire.

La SCDS estimant que le texte est suffisamment clair, elle décide de ne pas tenir compte de cette observation.

#### Point 59) Insertion d'une section IVbis (Articles 101-18 à 101-32)

##### Article 101-25

Autant le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs du nouvel article 101-25 en projet, autant il critique la formulation.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit du point 33 relatif à l'article 57.

Le Conseil d'Etat pourrait concevoir le texte qui suit :

*« Art. 101-25. Lorsque le président a, directement ou indirectement, un intérêt de nature patrimoniale opposé à celui de la société à l'occasion d'une opération qu'il est en droit de décider, il en est fait mention dans le procès-verbal de l'opération.*

*Lorsqu'un directeur ou des directeurs ont, directement ou indirectement, un intérêt de nature patrimoniale opposé à celui de la société, la décision est prise par le président. [Il en est fait mention dans le procès-verbal de la décision].*

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

*Ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations courantes conclues dans des conditions normales. »*

La SCDS fait sienne cette proposition de texte.

#### Point 60) Article 107

L'article 107 actuel prévoit que « La gérance de la société appartient à un ou plusieurs associés, commandités, désignés par les statuts ». La question posée est celle de savoir si une personne morale, gérant de la société, doit désigner une personne physique comme

représentant permanent. L'amendement se propose de compléter l'article 107 en consacrant une réponse négative. Les auteurs font état d'un « arrêt du 13 décembre 2013 n° 145725 » où le juge aurait, par référence à l'article 51*bis*, imposé l'obligation de nommer un représentant permanent.

Le Conseil d'Etat relève que les auteurs font référence non pas à un arrêt de la Cour de cassation ou de la Cour d'appel, mais à un jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale, qui a dit que l'article 51*bis* a vocation à s'appliquer aux sociétés en commandite par actions.

Le Conseil d'Etat relève que le législateur ne saurait donner une portée rétroactive à des dispositions nouvelles en relation avec des procédures judiciaires en cours. Une telle façon de procéder serait contraire aux principes du procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans la mesure où la recevabilité d'une action en application de la théorie de l'organe s'analyse en fonction de la loi applicable au moment de l'introduction de l'action, un effet rétroactif devrait être écarté dans le cas présent.

En ce qui concerne la formulation, le Conseil d'Etat relève le caractère « tarabiscoté » de la phrase à ajouter qui autorise les sociétés à ne pas poser un acte. Si l'idée est de rendre l'article 51*bis* inapplicable, autant le dire en des termes plus clairs en écrivant « ..., elles ne sont pas tenues de désigner une personne physique comme représentant permanent ».

La SCDS approuve cette remarque et adopte la formulation proposée.

#### Point 61bis) Article 114

Le Conseil d'Etat propose d'omettre à l'alinéa 1<sup>er</sup> la référence aux régimes moniste et dualiste et d'écrire « ...peut opter pour un des régimes visés aux articles 137-23 et 137-41 ».

La SCDS décide de reprendre la formulation du Conseil d'Etat, mais en maintenant le renvoi aux articles 137-23 à 137-41.

Le Conseil d'Etat demande par ailleurs, sous peine d'opposition formelle, la suppression de l'alinéa 2 disposant que « la société coopérative est soumise en outre aux dispositions du Règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003, relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC) ». Un règlement européen est directement applicable et son champ d'application ne peut pas être déterminé, restreint ou étendu par la loi nationale.

En réponse à l'opposition formelle de Conseil d'Etat, la SCDS approuve la suppression de cet alinéa, mais fait remarquer qu'il s'agit de l'alinéa 4 et non pas de l'alinéa 2.

#### Point 66) Article 127

Le Conseil d'Etat marque son accord avec l'amendement qui répond à une observation qu'il a faite. En ce qui concerne la formulation de l'alinéa 1<sup>er</sup>. Il propose le texte suivant qui s'inspire de près de celui de l'article 37 relatif aux sociétés anonymes :

*« Art. 127. Indépendamment des parts représentatives du capital, il peut être créé des titres ou parts bénéficiaires. Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés. (...) »*

La SCDS décide néanmoins de maintenir le texte initial qui est d'avis que la formulation s'inspire justement de l'article 37.

#### Point 70) Article 141

Les auteurs proposent au paragraphe 1<sup>er</sup> d'ajouter les sociétés civiles au libellé actuel de la première phrase de cet article « *afin de ne pas exclure la société en commandite spéciale* ». Le Conseil d'Etat donne toutefois à considérer que la société en commandite spéciale n'est pas une société civile. Il propose le libellé qui suit :

« **Art. 141.** (1) Les sociétés civiles et commerciales de même que la société en commandite spéciale ... »

Or, selon la SCDS, cette précision n'est pas nécessaire étant donné que l'article 2 nomme les sociétés en commandite spéciale parmi les sociétés commerciales, et qu'elles sont donc déjà visées par le libellé existant. Par contre, la SCDS reprend la proposition de l'Ordre des Avocats de préciser l'exclusion des sociétés momentanées ou en participation. Cette exclusion fait ainsi également suite aux remarques formulées dans son avis par la Chambre de Commerce.

L'Ordre des avocats critique encore les nouveaux paragraphes 2 et 3 pour deux motifs. Les organismes publics visés risqueraient de ne pas être en mesure ou disposés à émettre les certificats dans un délai rapproché. En outre, les sociétés procédant par versement d'avances ne seraient jamais en règle. Le Conseil d'Etat rejoint l'Ordre des avocats sur la deuxième critique.

Les nouveaux paragraphes 2 et 3 protègent les seuls créanciers publics aux dépens des créanciers privés. Ils suivent la logique du droit de la faillite qui accorde aux créanciers publics un rang privilégié par rapport aux créanciers privés dans le recouvrement des créances. Le Conseil d'Etat peut dès lors y marquer son accord, sous réserve de l'observation faite précédemment en ce qui concerne les avances.

La SCDS décide de maintenir les 2 paragraphes.

Les critiques du Conseil d'Etat et de l'Ordre des Avocats ne lui semblent pas fondées dans la mesure où :

- Concernant le premier motif : L'administration émet depuis longue date des attestations dans un délai rapproché aux assujettis qui souhaitent participer à un marché public et qui pour cette raison doivent produire une attestation prouvant qu'ils ont payé la TVA due, respectivement ont respecté les délais de paiement leur accordés.

En outre, elle émet également dans un délai rapproché des attestations à l'attention des notaires lorsqu'ils procèdent à une vente immobilière dans laquelle la question d'une hypothèque légale pourrait se poser.

Cette procédure n'a jamais donné lieu à des critiques, comme cela est d'ailleurs confirmé dans l'avis de la Chambre des notaires en ce qui concerne les ventes immobilières.

- Concernant le deuxième motif avancé par l'Ordre des Avocats, le but des attestations est d'assurer que l'assujetti a au moins payé ce qu'il a lui-même déclaré, avant de procéder à la dissolution de la société par la réunion de toutes les parts en une seule main. Il ne s'agit pas d'attendre une imposition définitive.



#### Point 74bis)

Le Conseil d'Etat marque son accord à la proposition de prévoir à l'article 148<sup>ter</sup> la possibilité pour une société civile de se transformer en une société en commandite spéciale.

#### Point 75) Article 148quater

Le Conseil d'Etat renvoie, en ce qui concerne la formulation sur l'intérêt opposé à ses observations à l'endroit du nouvel article 101-25. Il propose encore d'omettre les termes « applicable par analogie » ; cette formule est à éviter dans des textes légaux parce qu'elle est dépourvue de portée juridique réelle.

La SCDS approuve ces propositions de modification.

#### Point 79) Article 163

Le Conseil d'Etat marque son accord avec l'observation de l'Ordre des avocats concernant la nécessaire adaptation terminologique au point 6) de l'article 163.

Dans son avis du 4 septembre 2015, l'Ordre des Avocats rend attentif au fait que, suite à l'introduction de l'article 11<sup>ter</sup> et de la modification de l'article 188, il y a lieu d'adapter également la disposition pénale correspondante, à savoir l'article 163, 6° par la suppression des termes „des obligations“ et leur remplacement par les termes „des parts bénéficiaires“ comme suit:

„6° les gérants qui, directement ou par personne interposée, ont ouvert une souscription publique à des parts ou à des obligations-parts bénéficiaires d'une société à responsabilité limitée; de même que les dirigeants d'une société par actions simplifiée qui ont ouvert une souscription publique à des actions;“

La SCDS reprend cette proposition.

#### Point 81) Article 181

Le Conseil d'Etat comprend la critique émise par l'Ordre des avocats suivant laquelle « *il n'appartient pas à la société, représentée par ses gérants ou – le cas échéant – par son conseil de gérance, de ramener le nombre des associés à 100 ou de se transformer* ». Il marque son accord avec le texte proposé par l'Ordre des avocats.

L'Ordre des Avocats est d'avis qu'il n'appartient pas à la société, représentée par ses gérants ou – le cas échéant – par son conseil de gérance, de ramener le nombre de ses associés à 100 ou de se transformer. Dans le premier cas, il s'agira en effet exclusivement d'une décision de certains associés de procéder à un transfert de parts sociales à d'autres associés. Dans le second, l'intervention des associés agissant par résolutions écrites ou en assemblée générale sera requise. L'Ordre des Avocats suggère donc de modifier le texte proposé comme suit:

„(...) la société devra, dans un délai d'un an à compter du dépassement de la limite, être transformée.“

La SCDS suit l'avis de l'Ordre des Avocats auquel se rallie le Conseil d'Etat.

#### Point 82) Article 182

L'amendement vise à reprendre le libellé tel que proposé par le projet de loi initial sous un paragraphe 1<sup>er</sup> et d'insérer six nouveaux paragraphes visant à instaurer un régime de parts rachetables dans les sociétés à responsabilité limitée.

Selon le commentaire afférent, « *Cette possibilité [le rachat des parts] ne sera pas réservée au seul cas des parts rachetables. Il a de tout temps été admis qu'une société à responsabilité limitée peut racheter ses parts du consentement des associés.* » Or, comme le projet envisage le rachat des parts sociales par la société à responsabilité limitée seulement dans le cas des parts émises comme rachetables au sens du nouveau paragraphe 2, la question qui se pose est celle de savoir si le rachat de parts non rachetables par les sociétés à responsabilité limitée demeure effectivement possible.

À l'image de l'actuel article 182, le Conseil d'Etat propose en premier lieu de compléter la fin de la première phrase du paragraphe 1<sup>er</sup>, par les termes « au moins ». Cette phrase se lirait ainsi comme suit :

« **Art. 182.** (1) Le capital social doit être de 12.000 au moins ... »

La SCDS approuve cet ajout.

Quant au paragraphe 2, en réponse aux observations du Conseil d'Etat, et afin de clarifier que ce régime s'applique tant aux parts rachetables qu'aux parts non déclarées comme telles, la SCDS propose de clarifier le libellé *comme suit* :

« **Sans préjudice de la possibilité d'un rachat de parts sociales décidée par la société avec le consentement des associés concernés**, 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. »

Le rappel au point 5) du principe de l'égalité de traitement est superflu. Le Conseil d'Etat propose de faire abstraction de ce point. Les points subséquents devront être renumérotés en conséquence.

La SCDS, estimant néanmoins que cette précision est utile, décide de la maintenir.

#### Point 83) Article 183

Le Conseil d'Etat marque son accord avec l'amendement dans la mesure où il répond à l'opposition formelle qu'il avait émise dans son avis précité du 23 février 2010. L'amendement supprime la possibilité de constituer une société sans capital disponible. Le Conseil d'Etat ne suit pas les auteurs quand ils suppriment le paragraphe 2 relatif aux obligations de vérification du notaire. L'amendement n'est d'ailleurs autrement motivé dans le commentaire afférent.

En réponse aux observations du Conseil d'Etat et de la Chambre des notaires, la SCDS décide de réintégrer le paragraphe 2.

#### Point 89) Article 189

Dans son avis précité du 23 février 2010, le Conseil d'Etat s'est opposé à ce que le refus par l'assemblée générale d'agréer un transfert de parts sociales implique une incessibilité au

motif qu'un tel régime est contraire aux principes généraux de droit, dès lors que le contrat de société, comme tout contrat, doit permettre une sortie. En réponse à cette critique, le projet sous examen prévoit désormais que le refus d'agrément ouvrira une période de 3 mois à l'issue de laquelle les associés non sortants seront tenus d'avoir acquis ou fait acquérir les parts sociales de l'associé sortant. Cette solution est toutefois critiquable en ce qu'elle se heurte au principe posé à l'article 199 en vertu duquel l'augmentation des engagements des associés requiert le consentement unanime de tous les associés. Le texte proposé n'est d'ailleurs pas clair. L'acquisition doit-elle se faire au prorata du taux de participation des différents associés dans le capital de la société ? Qu'en sera-t-il des associés n'ayant pas les moyens financiers pour acquérir les parts ? L'Ordre des avocats, dans son avis, critique aussi cette solution qui reviendrait à organiser un « régime de rachat ou de sortie forcé(e) » dans la société à responsabilité limitée qui serait alors la seule forme sociale à connaître un tel régime. Il propose de rendre le principe posé à l'article 189, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2, optionnel en donnant aux associés non sortants la possibilité de racheter ou de faire racheter les parts sociales de l'associé sortant pendant un délai de trois mois. Le Conseil d'Etat a des préférences pour cette solution qui évite les écueils d'une interdiction de sortie et d'un rachat forcé.

Les modifications proposées par l'Ordre des Avocats sont les suivantes:

*„(1) Ni les parts sociales ni les parts bénéficiaires portant droit de vote ne peuvent être cédées entre vifs à des personnes autres que les associés ou les détenteurs de parts bénéficiaires portant droit de vote sans l'agrément donné conformément à l'article 193 par des associés représentant au moins les trois quarts des parts sociales. Les statuts peuvent toutefois abaisser cette majorité jusqu'à la moitié des parts sociales. La même règle s'applique lorsqu'il s'agit pour ces parts:*

- de constituer un usufruit; ou*
- d'en céder la nue-propriété ou l'usufruit.*

*Le projet de cession est notifié à la société.*

*Si la société a refusé de consentir à la cession, les associés ~~sont tenus~~ peuvent, dans le délai de trois mois à compter de ce refus, ~~d'acquérir ou ~~de~~ faire acquérir les parts à un prix fixé dans les conditions prévues au paragraphe (3), sauf si le cédant renonce à la cession de ses parts. Les frais d'expertise sont à la charge de la société. ~~A la demande~~ Sur requête du gérant, ce délai peut être prolongé ~~par décision de justice~~ par le magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé, sans que cette prolongation puisse excéder six mois.~~*

*La société peut également, avec le consentement de l'associé cédant, décider, dans le même délai, de réduire son capital du montant de la valeur nominale des parts de cet associé et de racheter ces parts au prix déterminé dans les conditions prévues*

*au paragraphe (3). Un délai de paiement qui ne saurait excéder deux ans peut, sur justification, être accordé à la société par décision de justice. Les sommes dues portent intérêt au taux légal en matière commerciale.*

*Si, à l'expiration du délai imparti, aucune des solutions prévues aux troisième et quatrième alinéas ci-dessus n'est intervenue, l'associé peut réaliser la cession initialement prévue."*

La SCDS approuve cette proposition de texte qu'elle propose de reprendre.

Le paragraphe 3 prévoit la détermination du prix en renvoyant, dans un premier temps, aux statuts, et, en cas de désaccord, à une décision du magistrat président la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et en matière de référé. L'Ordre des avocats propose de prévoir dans les statuts la possibilité de déterminer le prix et d'obliger le magistrat à passer par une expertise. Le Conseil d'Etat a des difficultés à suivre l'Ordre des avocats quant à ses réserves relatives à la manière dont le juge doit procéder, étant entendu que le juge peut, s'il l'estime nécessaire, recourir à un expert, sans que cela doive figurer dans la loi du 10 août 1915, les règles afférentes du Nouveau Code de procédure civile s'appliquant. Il marque son accord avec l'amendement tel que proposé.

#### Point 91) Article 191bis

Concernant la modification qui est proposée au paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, le Conseil d'Etat préférerait le recours à la formule « sauf disposition contraire des statuts » figurant également à d'autres endroits du texte de la loi en projet. Cette formule garantit, à la fois, la sécurité juridique et la flexibilité nécessaire.

La SCDS ne suit pas le Conseil d'Etat sur ce point. En effet, dans son avis du 23 février 2010, le Conseil d'Etat ne pouvait pas marquer son accord avec l'amendement apporté au texte initial qui autorisait de façon générale la prise de décision par le „collège“ de gérance par voie circulaire sous la condition de l'unanimité. En effet, le Conseil d'Etat était d'avis que la prise de décision par écrit devait rester une exception, de sorte que la Commission juridique, dans ses amendements du 1<sup>er</sup> avril 2014, est revenue au texte initial afin de tenir compte de l'avis du Conseil d'Etat. D'ailleurs, la SCDS fait remarquer que l'article 191bis énonce le même principe qu'à l'article 64 pour les Sociétés anonymes, de sorte que la SCDS assume qu'il s'agit d'une erreur de lecture par le Conseil d'Etat et décide donc de maintenir le texte en l'état afin d'assurer une cohérence entre les articles 64 et 191bis.

Pour le surplus, le Conseil d'Etat marque son accord avec les modifications proposées pour les paragraphes 2, 5 et 6 de l'article sous examen, qui répondent à des interrogations qu'il avait formulées dans son avis du 23 février 2010.

#### Point 93) Article 195

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la suppression des termes « munies d'un droit de vote » à l'alinéa 1<sup>er</sup>.

Il marque aussi son accord avec les dispositions de l'alinéa 2 afin de consacrer, également pour les sociétés à responsabilité limitée, la possibilité de limiter l'exercice des droits de vote des associés dans des hypothèses particulières.

Renvoyant à ses observations à l'endroit du point 43 portant sur le paragraphe 8 de l'article 67, le Conseil d'Etat propose de faire abstraction du nouvel alinéa 3.

La SCDS décide néanmoins de maintenir l'alinéa 3. A l'instar de l'article 67, paragraphe 8, elle propose d'ajouter à l'alinéa 3 les termes « de s'engager » après les mots « à titre personnel ».

#### Point 96) Article 196bis

En réponse à une opposition formelle soulevée par le Conseil d'Etat dans son avis du 23 février 2010, les auteurs de l'amendement proposent de reprendre le libellé de l'article 68 dans sa version actuelle en l'adaptant aux sociétés à responsabilité limitée, et de supprimer entièrement le libellé du projet de loi. Le Conseil d'Etat est en mesure de lever l'opposition formelle.

#### Points 97) et 98)

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation sur ces points. Il tient toutefois à souligner que l'article 198bis est à mentionner à l'endroit de l'article 167, qui n'est pas modifié. Cet article ne sanctionne que les administrateurs contrevenant à l'article 72-2, alors que l'article 198bis est le pendant de cet article 72-2 pour les sociétés à responsabilité limitée.

La SCDS approuve cette observation. Ces modifications seront mises en œuvre par l'insertion d'un point supplémentaire 78ter) modifiant l'article 167 libellé comme suit :

*78ter) l'article 167 est modifié comme suit :*

*« Sont punis de la même peine, les gérants ou administrateurs qui, en l'absence d'inventaires, malgré les inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré la répartition aux actionnaires de dividendes ou d'intérêts non prélevés sur les bénéfices réels ainsi que les administrateurs **ou gérants** qui contreviennent aux dispositions des articles 72-2 et 198bis. »*

#### Point 99) Article 199

Le Conseil d'Etat marque son accord avec la proposition d'étendre aux sociétés à responsabilité limitée la possibilité d'augmenter le capital social dans le cadre de la procédure du capital autorisé.

#### Nouveau point 101) Section XVquater – La transformation (Articles 308bis-15 à 308bis-27)

##### Article 308bis-16

Le Conseil d'Etat considère que le bout de phrase commençant par « étant entendu que... » peut être omis, alors qu'il n'a pas de portée normative propre, mais uniquement une portée explicative.

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

##### Article 308bis-18

Le Conseil d'Etat se demande pour quelles raisons le texte sous examen vise les seuls associés, alors que l'article 308bis-16 ajoute une référence aux porteurs des autres titres conférant un droit de vote, d'autant plus que le commentaire met en parallèle les deux dispositions.

La SCDS approuve cette observation et décide d'ajouter les termes « et les porteurs des autres titres conférant un droit de vote » après les termes « sauf renonciation par tous les associés ».

Partant l'article 308bis-18 aura la teneur suivante :

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

#### **V. Amendement portant sur l'article IV.**

Le Conseil d'Etat, en plus de renvoyer aux observations qu'il avait faites concernant la disposition proposée dans son avis du 23 février 2010, suggère de faire référence à la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

La SCDS suit le Conseil d'Etat.

#### **Observations d'ordre légistique**

Le Conseil d'Etat relève que, de manière générale, les amendements sont toujours à présenter par le biais d'une phrase annonciatrice qui est dans le cas présent à libeller comme suit :

« Le point... est amendé comme suit : ... »

Le Conseil d'Etat a en effet constaté que bon nombre d'amendements sont introduits sans recourir à une phrase introductive, sinon en employant un libellé différent de celui énoncé ci-avant. L'effet en étant que cette manière de procéder rend malaisée la distinction entre les phrases introduisant les modifications du projet de loi et celles annonçant les amendements.

Le Conseil d'Etat souligne par ailleurs que lorsqu'il est fait référence dans le corps du dispositif à un paragraphe, que ce soit du même texte ou d'un autre texte légal, le mot paragraphe est à écrire en toutes lettres et les parenthèses entourant le numéro du paragraphe dont il s'agit sont à omettre.

D'un point de vue légistique « pour cent » s'écrit en toutes lettres et l'emploi du sigle « % » est dès lors à éviter.

#### **II Amendements portant sur l'article 1<sup>er</sup> – Le Titre IX (Des sociétés) du Code civil :**

##### *Point 2) Article 2*

Il faudra adapter la phrase annonciatrice de la modification en écrivant :

« 2) A l'article 2 est apportée la modification suivante... »

*Point 3) Article 11bis*

Il convient de renvoyer aux différents points du paragraphe 1<sup>er</sup> en procédant, à titre d'exemple, comme suit : « paragraphe 1<sup>er</sup>, point 3), sous-point a), paragraphe 1<sup>er</sup>, point 5), sous-point c)... ».

*Point 4) Nouvel article 11quater*

Il y a lieu d'écrire « L'émission... est soumise aux dispositions légales... ».

*Point 5) Article 12ter*

À l'amendement qui porte sur l'article 12<sup>ter</sup>, paragraphe 2, point 3), tel qu'il est proposé de modifier cet article de la loi du 10 août 1915, l'adjectif « simple » de « société en commandite simple » s'accorde au singulier.

*Nouveau point 8bis) Article 22-1*

Le nouveau point 8<sup>bis</sup> tend à modifier l'article 22-1 de la loi du 10 août 1915. La phrase introduisant cette modification est dès lors à libeller comme suit : « 8<sup>bis</sup>) L'article 22-1 est modifié comme suit : ... » au lieu de, tel que proposé par les auteurs, « 8<sup>bis</sup>) L'article 22-1 est amendé comme suit: ... ».

*Point 10) Article 26-1*

Le Conseil d'Etat se prononce contre l'ajout des termes « telle que modifiée » à la référence à la directive. Un renvoi dans une loi à une directive, dans la mesure où il se justifie, s'opère au texte de la directive tel qu'il est en vigueur au moment où le texte légal est appliqué. Les références à des dispositions légales, nationales ou européennes, sont toujours dynamiques.

*Nouveau point 24) Article 45, paragraphe 2*

Le Conseil d'Etat note que la conjonction « à condition que » est suivie du subjonctif.

*Point 33) Article 57*

Il y a lieu d'écrire « opposition d'intérêts » c.-à-d. en mettant le terme « intérêt » au pluriel.

*Point 34) Article 59*

À l'article 59, alinéa 3, il convient d'écrire « L'alinéa 2 est également... » au lieu de « le 2<sup>e</sup> alinéa est également... ».

*Point 35) Article 60*

Conformément à l'observation faite concernant le point 34) ci-avant, il faut écrire « L'article 60, alinéa 5, est modifié comme suit : ... ».

*Point 40) Article 60bis-18*

À l'article 59, 60<sup>bis</sup>-18, alinéas 3 et 5, il y a lieu de se référer à « l'alinéa 1<sup>er</sup> » au lieu de « l'alinéa 1 » ou encore « alinéa premier ».

À l'article 60-18, alinéa 4, il convient encore d'écrire « opposition d'intérêts » en mettant le terme « intérêt » au pluriel.

*Point 41) Article 63bis*

À l'alinéa 2, il y a lieu de faire abstraction du « 1% » à la suite des termes de « dix pour cent ».

*Nouveau point 59) Insertion d'une section IVbis (Articles 101-18 à 101-32)*

Concernant les articles 101-18 et 101-20, le texte des amendements fait défaut.

*Point 71) Article 142*

Il faut se référer à « l'alinéa 2 » et non pas au « 2<sup>e</sup> alinéa ».

*Point 78bis) Article 166*

Il faudra supprimer en début de l'article 166 et en début du point 34) du même article, les références aux lois modificatives du 25 août 2006 et du 11 juillet 1988.

*Point 82) Article 182*

Le Conseil d'Etat constate que les auteurs emploient tantôt le terme « gérants » tantôt celui de « gérance ». Dans un souci d'uniformité de la terminologie employée, le Conseil d'Etat suggère le remplacement du terme de « gérance » par celui de « gérants ». Ce terme est en effet celui qui est consacré par la loi du 10 août 1915. Ce remplacement devra se faire à travers le texte du projet de loi tel qu'il est amendé.

*Point 88) Article 188*

À l'alinéa 2, il est proposé de supprimer le mot « ni ». Ne faudrait-il pas le maintenir, puisqu'à défaut la phrase ne fait pas de sens ?

*Nouveau point 91) (Nouveau point 90 selon le Conseil d'Etat) Article 191bis*

Suite à la suppression des points 90) et 91), le point sous examen doit porter le numéro 90. Les points subséquents sont à renuméroter en diminuant les numéros y afférents d'une unité.

*Point 99) (Point 98 selon le Conseil d'Etat) Article 199*

À l'article 199, alinéa 3, le Conseil d'Etat propose d'écrire pour des raisons d'ordre rédactionnel « ... à condition que les parts sociales ainsi émises le soient en faveur des associés... » au lieu de « ... à condition que les parts sociales ainsi émises le soient à des associés... ».

La SCDS décide de tenir compte de l'ensemble de ces observations d'ordre légistique.

3. Divers



Des propositions d'amendements seront finalisées en vue de leur présentation et adoption par la Commission juridique le 23 mars 2016.

Luxembourg, le 14 mars 2016

Le Secrétaire-administrateur,  
Carole Closener

Le Président,  
Franz Fayot