

**N° 5730<sup>6</sup>****CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2014-2015

**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**

\* \* \*

**AVIS DE L'ORDRE DES AVOCATS DU BARREAU  
DE LUXEMBOURG**

(4.9.2015)

Le présent avis du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg vise la lettre d'amendements élaborée en sous-commission „Modernisation du droit luxembourgeois des sociétés“ de la Commission Juridique de la Chambre des Députés (la „SCDS“), déposée au Conseil d'Etat le 2 avril 2015<sup>1</sup>.

Dans le cadre de ses travaux, la SCDS a eu à sa disposition deux documents établis par la Commission de Droit Economique du Conseil de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg (la „CDEB“):

- (i) un commentaire sur le projet de loi 5730 tel que modifié par les amendements adoptés par la Commission Juridique en mai 2009<sup>2</sup>; et
- (ii) une liste sommaire de points devant, de l'avis de la CDEB, être abordés dans le cadre d'une refonte de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Ces documents n'ont pas fait l'objet d'une publication mais ont été partagés avec le Ministère de la Justice et la Commission Juridique de la Chambre des Députés.

A la lecture de la lettre d'amendements de la SCDS, le Conseil de l'Ordre constate avec satisfaction qu'à de nombreuses reprises ses propositions ont été acceptées et ses remarques ont été entendues. De façon générale les amendements traduisent le souci du législateur d'établir une législation moderne et efficace qui est adaptée aux besoins de la pratique luxembourgeoise. Le Conseil de l'Ordre approuve dès lors les amendements dans leur ensemble.

Plutôt que de reprendre et de commenter chaque article et chaque proposition d'amendement figurant dans le document parlementaire sous examen, le présent avis se focalise de manière ciblée sur certaines dispositions de la lettre d'amendements de la SCDS que le Conseil de l'Ordre souhaite commenter.

---

1 Doc. parl. 5730<sup>5</sup>.

2 Doc. parl. 5730<sup>3</sup>.

## 1. Commentaires touchant au fond des mesures proposées

### A. Code civil

#### *Article 1853bis*

Le Conseil de l'Ordre note avec satisfaction qu'il est proposé de donner une base légale aux parts sociales traçantes („*tracking shares*“).

L'émission de parts sociales traçantes est compatible avec les principes qui régissent de droit des sociétés. Il est cependant souhaitable et important de lui conférer une base légale expresse.

#### *Article 1855, alinéa 3 nouveau*

Cet alinéa a pour objet de valider expressément les clauses statutaires ou extrastatutaires relatives à la cession de parts sociales, afin d'éviter toute incertitude juridique au regard de la prohibition des clauses léonines. Puisqu'il est fait référence aux associés actuels ou futurs, sont également couvertes des stipulations qui permettent une cession dans le futur, par exemple de clauses de „put“ et de „call“.

La formulation proposée par la Commission Juridique rencontre l'accord du Conseil de l'Ordre. Ainsi que l'indique la Commission Juridique, celle-ci s'inspire de la jurisprudence et de la doctrine française en la matière.

#### *Article 1865bis nouveau*

Le Conseil de l'Ordre approuve la modification à l'alinéa 1<sup>er</sup>.

Le Conseil de l'Ordre 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 le Conseil de l'Ordre 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.“*

Cette rédaction aurait d'ailleurs le mérite d'être identique à celle retenue par la Commission Juridique pour certaines dispositions de la loi du 10 août 1915 (p. ex. art. 37 et 154), sauf pour la référence à la matière commerciale (qui ne se conçoit a priori que pour les sociétés commerciales et non pas pour les sociétés civiles).

Il est finalement renvoyé au commentaire sous l'article 141 concernant la dissolution sans liquidation de la société coopérative suite à la réunion de toutes les parts de celle-ci en une seule main.

### B. Loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales

#### *Article 8*

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).

#### *Article 11ter*

La lettre d'amendement propose d'appliquer les articles 84 à 96 à toutes les émissions d'obligations, sauf dispositions contraires des statuts ou de l'acte d'émission.

Le Conseil de l'Ordre souhaite faire les remarques suivantes à cet égard:

- l'exclusion de l'article 96 est sans objet étant donné que cet article est aboli par le projet de loi (voir amendement numéro 56),

- 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).

Il est donc proposé 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.“**

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. L'expérience de l'application de l'article 66 de la loi relative à la titrisation, d'une formulation comparable au texte proposé, ne semble pas avoir donné lieu à des difficultés particulières.

À 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). 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.

Le texte précédant prévoyait aussi la possibilité pour toute „personne morale“ de droit étranger ou luxembourgeois (plutôt que seulement une „société“ comme dans le texte de la lettre d'amendement) d'appliquer ces règles. Il est vrai que ces entités pourraient toujours choisir contractuellement d'établir un régime identique ou comparable. Cependant une référence expresse à cette possibilité pourrait montrer une ouverture du droit luxembourgeois à ce type d'émissions.

Finalement, le Conseil de l'Ordre renvoie le lecteur au commentaire sous l'article 163.

#### Article 11quater

Il est proposé de reformuler le texte de l'article 11quater comme suit:

**„L'émission Les dispositions légales prévoyant l'exigence d'un agrément par les associés (et, le cas échéant, les porteurs de parts bénéficiaires portant droit de vote) existants pour la cession entre vifs ou la transmission à cause de mort de parts de la société s'appliquent également à la souscription initiale ainsi qu'à la cession entre vifs ou la transmission pour cause de mort d'obligations convertibles, ~~de tous d'autres instruments de créance convertibles en capital ou de droits de souscription, isolés ou attachés à un autre titre par des sociétés autres que des sociétés anonymes sont soumises aux dispositions légales concernant la cession de parts ou d'actions ou à celles concernant l'agrément de non-associés. Les mêmes dispositions s'appliquent en cas d'une cession entre vifs ou de transmission à cause de mort d'autres titres émis par les sociétés visées par ces dispositions. L'agrément à la souscription initiale est donné au plus tard au moment de l'émission. L'agrément pour des cessions entre vifs ou transmissions à cause de mort. L'agrément peut est donné au moment de la cession ou de la transmission. Il peut également être donné à l'avance à des non-associés, dans les conditions établies par ces dispositions légales, à des personnes~~ déterminés ou déterminables dans la décision d'agrément, soit lors de l'émission des obligations ~~eu, instruments ou droits, soit à un moment ultérieur. Un tel agrément est irrévocable s'il est déclaré tel dans la décision d'agrément.~~“**

Les modifications proposées sont de nature purement rédactionnelle, dans l'objectif d'une meilleure compréhension du texte légal. Les principes établis par le commentaire de la lettre d'amendement ne sont pas modifiés.

Il faut noter que cette disposition d'application par équivalence ne concerne que les dispositions légales, notamment l'article 189 applicable aux sociétés à responsabilité limitée, les dispositions légales subsidiaires de l'article 21 applicables aux sociétés en commandite simple et de l'article 22-7 pour les sociétés en commandite spéciale, ainsi que les règles légales applicables aux sociétés civiles et aux sociétés en nom collectif.

Les dispositions statutaires ou conventionnelles (pacte d'actionnaires) ne sont pas visées. Il appartient aux associés ou aux parties à ces contrats de prévoir des stipulations expresses à cet égard s'il est souhaité que les titres convertibles ou droits de souscription soient soumis à ces limitations.

Finalement le Conseil de l'Ordre suggère de modifier l'article 199 alinéa 3 nouveau et renvoie le lecteur au commentaire opéré sous cet article.

#### *Article 49-2 paragraphe (1), 4°)*

Ce nouvel alinéa de l'article 49-2 paragraphe (1) précise les conditions dans lesquelles l'offre de rachat d'actions propres doit être opérée. En particulier, il y est dit que l'offre de rachat „*doit être faite aux mêmes conditions à tous les actionnaires*“. Si le commentaire législatif indique que cette obligation dérive du principe d'égalité de traitement posé par la Directive 2012/30/UE<sup>3</sup>, le Conseil de l'Ordre n'a été en mesure de trouver dans cet instrument qu'une référence au principe (n'étant par ailleurs pas d'application générale) de l'égalité de traitement „*de tous les actionnaires se trouvant dans la même situation*“.

La notion d'actionnaires „*se trouvant dans la même situation*“ est moins extensive que celle figurant à l'article 49-2 paragraphe (1), 4°) nouveau, lequel vise l'ensemble des actionnaires sans égard aux situations objectives qui pourraient différencier ceux-ci (comme par exemple le rattachement à l'une ou l'autre catégorie d'actions), et est davantage conforme au texte européen. Elle a également pour avantage de faire partie intégrante de l'article 49-2 paragraphe (1), alinéa 1<sup>er</sup> dans sa version actuelle.

Le Conseil de l'Ordre propose, partant, de s'en tenir au principe d'ores et déjà posé par l'article 49-2 paragraphe (1), alinéa 1<sup>er</sup>, s'appliquant à l'ensemble de l'article 49-2 paragraphe (1) et ne requérant pas d'autres précisions. A titre subsidiaire, le Conseil de l'Ordre pourrait se satisfaire d'une modification de l'article 49-2 paragraphe (1), 4°) comme suit: „*4°) l'offre d'acquisition doit être faite aux mêmes conditions à tous les actionnaires se trouvant dans la même situation sauf (...)*“.

#### *Article 49-6 paragraphe (2)*

Le Conseil de l'Ordre note que la version antérieure du projet de loi 5730 envisageait d'étendre une exception prévue à l'interdiction faite à la société d'avancer des fonds ou des prêts, non seulement aux opérations effectuées en vue de l'acquisition d'actions par ou pour le personnel de la société (comme dans la version actuelle de la loi de 1915), mais également à de telles opérations lorsqu'elles sont effectuées en vue de l'acquisition des actions par ou pour le personnel d'une société liée à la société émettrice par un lien de contrôle. Cette extension ne figure plus dans le document parlementaire 5730<sup>5</sup>.

Outre que l'extension de l'exemption aux personnels des sociétés liées semble objectivement justifiée, s'agissant notamment des sociétés opérant en tant que membres d'un groupe de sociétés plus large, le Conseil de l'Ordre fait valoir que celle-ci aurait dû être maintenue car issue d'une directive européenne qui aurait déjà dû être transposée au Luxembourg. La proposition d'origine du document parlementaire 5730<sup>3</sup> visait à réparer cette omission lors de la transposition initiale de la directive en question et devrait donc être maintenue (cf. directive 2012/30/UE du 25 octobre 2012).

L'article 49-6 paragraphe (2) devrait donc se lire 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.“*

#### *Article 51*

Le Conseil de l'Ordre a pris note des observations du Conseil d'Etat quant au risque de blocage dans l'hypothèse où le conseil d'administration est composé de deux membres. Il ne peut cependant partager ses vues quant aux conséquences à en tirer.

<sup>3</sup> Voy. article 21 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 Etats 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; la référence à l'art 42 de la directive contenue dans le doc. parl. 5730<sup>5</sup> étant erronée.

S'il est certes vrai qu'en cas de désaccord fondamental entre les deux seules personnes composant le conseil d'administration, il peut en résulter un blocage de la société, du moins en relation avec certaines prises de décision, une telle situation peut advenir en toute hypothèse où le conseil d'administration est composé d'un nombre pair d'administrateurs. Or, rien dans la loi sur les sociétés commerciales n'empêche la nomination d'un nombre pair d'administrateurs supérieur au nombre de trois et il n'a jamais été argumenté au Luxembourg qu'une telle configuration devrait être prohibée.

Le Conseil de l'Ordre estime que la liberté contractuelle doit prévaloir en la matière. Les fondateurs ou actionnaires qui mettent en place un conseil d'administration composé d'un nombre pair de membres prennent certes le risque d'une situation de blocage à terme. Mais la désignation d'un tel nombre pair peut justement correspondre à la volonté des parties en vue de refléter un certain équilibre au niveau de l'actionnariat et de la gestion de la société. Tel est le cas dans de nombreuses sociétés servant de véhicules dits „joint venture“. Dans de telles situations, il existe d'autres moyens contractuels de régler les conflits. Il doit être loisible aux actionnaires de les organiser suivant leurs besoins.

Le Conseil de l'Ordre plaide dès lors en faveur de la réintroduction du troisième alinéa nouveau supprimé dans la lettre d'amendement comme suit:

**„En outre lorsque la société est constituée par deux associés ou que, à une assemblée générale des actionnaires de la société, il est constaté que celle-ci n'a pas plus de deux actionnaires, la composition du conseil d'administration peut être limitée à un ou deux membres jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation par tous moyens de l'existence de plus de deux actionnaires.“**

*Articles 60-1 et 60-2*

Le Conseil de l'Ordre a pris note du rajout d'une phrase en fin du premier alinéa de l'article 60-1. D'après cette proposition de texte, le comité de direction devrait exercer ses pouvoirs de manière exclusive, donc à l'exclusion des pouvoirs généraux du conseil d'administration.

Une telle répartition obligatoire des pouvoirs entre le conseil d'administration et le comité de direction (voire le directeur général – le texte omet cependant de le mentionner dans ce contexte) paraît critiquable, voire dangereuse.

En effet, cette disposition revient à déposséder le conseil d'administration très largement de ses pouvoirs de gestion. En pratique, ceci voudrait dire que, par exemple, dans le cadre d'un financement engagé par la société, lequel relèverait par hypothèse des pouvoirs de gestion accordés au comité de direction, le conseil d'administration ne pourrait plus valablement prendre de résolution par rapport à un tel financement. Or, il est de pratique courante de voir approuver de telles opérations et la documentation afférente par le conseil d'administration en tant qu'organe détenant la plénitude des pouvoirs de gestion – et les prêteurs ou autres contreparties entendent obtenir un confort maximal par rapport à l'engagement juridique de la société dans un tel cas de figure, lequel est réalisé habituellement par l'émission d'une opinion juridique d'un cabinet d'avocats luxembourgeois confirmant que la société en cause a pris toutes les décisions requises en interne en vue d'approuver les transactions envisagées. Une répartition exclusive des pouvoirs entre conseil d'administration et comité de direction (i) requerrait un nécessaire choix quant à l'organe devant prendre certaines décisions (ce qui en pratique peut s'avérer être une contrainte inutile et coûteuse, par exemple si le conseil d'administration doit en tout état de cause se réunir pour discuter d'autres points de politique générale) et (ii) serait vecteur de discussions épineuses sur les limites exactes des pouvoirs du comité de direction (puisqu'on ne disposerait plus de la solution simple et efficace en cas de doute de voir prendre la décision par le conseil d'administration).

L'adoption de cette règle d'exclusivité serait donc source d'insécurité juridique.

Par ailleurs, le souci de régler une éventuelle concurrence de pouvoirs entre conseil d'administration et comité de direction paraît relever de réflexions bien théoriques. Il supposerait un risque de prises de décisions positivement contradictoires, ce qui paraît peu probable en pratique. Un tel risque n'a en tout cas jamais été soulevé par rapport au rôle du délégué à la gestion journalière, par rapport auquel la question pourrait se poser en des termes analogues. Le texte proposé ne répond donc pas à un besoin de la pratique.

Enfin, conceptuellement, il peut paraître insolite que l'organe qui délègue une partie de ses pouvoirs et risque dès lors de voir engager sa responsabilité par les actions de l'organe délégataire puisse être juridiquement défait de ses pouvoirs, et donc deviendrait impuissant dans un domaine qui relève en principe de sa compétence, sous réserve d'un vague pouvoir de surveillance.

Le Conseil de l'Ordre plaide dès lors – avec insistance – à ce que cette phrase soit supprimée.

Il note par ailleurs un bout de phrase inutile, sinon une erreur matérielle, à l'alinéa 5. Il conviendrait de supprimer les termes „la clause statutaire visée à l'alinéa 3“.

Le texte proposé par le Conseil de l'Ordre est le suivant:

*„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 1<sup>er</sup>. 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.“*

#### *Articles 63bis à 63septies*

Concernant le troisième alinéa de l'article 63bis, le Conseil de l'Ordre se pose la question de la signification du début de phrase „pour les actionnaires ayant droit de vote (...)“. Il convient en effet de rappeler que le texte vise aussi, le cas échéant, les titulaires de parts bénéficiaires ayant droit de vote. Le Conseil de l'Ordre se demande s'il ne convient pas de purement et simplement supprimer ce début de phrase.

Quant à l'alinéa 4 visant la prise en charge par la société des frais des demandeurs qui ont prospéré dans leur demande, le Conseil de l'Ordre suggère sa suppression. Une telle disposition serait exceptionnelle en droit luxembourgeois et mettrait à charge du patrimoine de la société des frais engagés par certains des actionnaires, ce qui reviendrait à affecter indirectement les droits d'autres actionnaires (pas nécessairement majoritaires) ayant fait le choix de rester passifs. Que l'action du minoritaire puisse en définitive profiter à la société ne constitue pas un argument suffisant pour grever ainsi le patrimoine de la société. Quid, par exemple, si la demande est „accueillie“ (on peut d'ailleurs se poser des questions sur la signification exacte de cette expression – action fondée en son principe? action fondée conformément aux termes de la demande?) mais ne résulte qu'en une condamnation symbolique des dirigeants au regard du peu d'ampleur du dommage causé? Les moyens mis en oeuvre peuvent être en disproportion avec la fin recherchée, même si, objectivement les frais engagés restent „raisonnables“ si l'on considère l'action prise isolément (cas notamment des affaires „de principe“). S'y rajoute le problème pratique qu'un tel droit accordé aux actionnaires minoritaires ayant agi en responsabilité risque d'ouvrir un contentieux séparé entre ceux-ci et la société pour voir déterminer quelle est la partie „raisonnablement exposée“ des frais.

#### *Article 67*

Le Conseil de l'Ordre voudrait formuler quatre commentaires concernant l'article 67:

1. Le Conseil de l'Ordre regrette le choix fait par la SCDS de laisser l'article 67, paragraphe (2) inchangé en ce qu'il se réfère, pour les décisions des assemblées générales ordinaires, aux règles ordinaires des assemblées délibérantes.

Le projet initial proposait d'éliminer cette référence et de la remplacer par une règle supplétive plus précise suivant laquelle les assemblées générales statuent à la majorité des voix exprimées. Dans un tel cas les abstentions ne sont pas prises en compte. Le Conseil de l'Ordre soutient la proposition

des rédacteurs du projet de loi initial qui ont estimé que cette référence aux „*règles ordinaires des assemblées délibérantes*“ était trop imprécise.

Par ailleurs, étant donné que cette référence renvoie en fait au fonctionnement et donc au règlement intérieur de la Chambre des Députés qui évolue au fil du temps, la loi des sociétés commerciales se verrait automatiquement modifiée en fonction des modifications à ce règlement, ce qui est difficilement imaginable sur le plan de la sécurité juridique.

Enfin, une formulation comparable figure déjà à l'article 67-1 paragraphe (2) relatif aux assemblées extraordinaires modifiant les statuts.

Dans un souci d'uniformisation et de sécurité juridique il est proposé de revenir à la formulation initiale du projet 5730 et de remplacer la référence aux règles ordinaires des assemblées délibérantes par une règle supplétive suivant laquelle les assemblées statuent à la majorité des voix exprimées.

2. Le Conseil de l'Ordre regrette la décision de la Sous-Commission d'ajouter une disposition à l'article 67, paragraphe (3) suivant laquelle au moins un actionnaire ou son mandataire doit être physiquement présent au Luxembourg lors d'assemblées tenues par visio-conférence ou d'autres moyens de télécommunication et ce „*afin d'ancrer d'avantage la localisation de l'assemblée générale à Luxembourg*“.

Le Conseil de l'Ordre est d'avis que la question de la substance des sociétés au Luxembourg est une question de pur fait, qui est multi-facettes et ne dépend pas, du moins primordialement, du lieu de la tenue des assemblées générales. Cette question devra relever de l'organisation concrète que se choisiront les sociétés en question. Il serait disproportionné de légiférer en la matière par l'imposition de règles pour toutes les assemblées générales qui, finalement, ne consacraient que des fictions juridiques. Le Conseil de l'Ordre propose de supprimer cet ajout.

A titre subsidiaire le Conseil de l'Ordre propose d'ajouter une telle règle dans la loi sur les sociétés commerciales mais uniquement pour les assemblées générales annuelles qui, conformément à l'article 70 alinéa premier, doivent se tenir au Luxembourg. La présence physique d'un actionnaire ou mandataire va de soi et une précision dans l'article 70 se justifierait tout à fait.

3. Le Conseil de l'Ordre approuve l'ajout à l'article 67, paragraphe (4) permettant aux statuts de déroger au principe qu'en cas d'actions de valeur inégale chaque action donne droit à un nombre de voix proportionnel à la quotité du capital que l'action représente. A cet égard la Sous-Commission rappelle le principe „*qu'il n'existe en effet aucune relation mathématique nécessaire entre droits économiques et droits politiques*“. Désormais, même en cas d'actions de valeur inégale il sera permis aux statuts de s'en tenir à la règle „*une action, une voix*“.
4. Le Conseil de l'Ordre 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*“.

#### *Articles 70 et 70bis*

Le Conseil de l'Ordre regrette que les auteurs du projet de loi imposent la convocation aux assemblées des administrateurs, membres du Directoire ou du Conseil de Surveillance selon les cas et les commissaires plutôt que d'en faire une faculté. En effet cette modification remet en cause la tenue des assemblées sans convocations préalables (quitte à permettre à ces personnes – tout comme aux actionnaires – de renoncer valablement aux convocations).

Le fait de „*devoir*“ convoquer les administrateurs est par ailleurs illogique puisque en principe c'est le conseil d'administration lui-même qui procède à la convocation.

Pour ces raisons, le Conseil de l'Ordre est d'avis que, comme pour les réviseurs cette convocation doit rester une faculté.

#### *Article 73*

Le Conseil de l'Ordre est d'accord avec les modifications aux dispositions de l'article 73 concernant les documents que les actionnaires ont le droit de consulter au siège social et d'en obtenir copie sauf

qu'il propose de biffer la référence aux „*statuts coordonnés*“ à la fin du point 6 de l'article 73. En effet, ce document est préparé *ex post* par le notaire devant qui l'assemblée est tenue. Il n'y a aucune raison à préparer ce document avant une assemblée d'autant plus que l'on ne connaît pas par avance si une résolution sera approuvée.

#### Article 95

Le Conseil de l'Ordre rappelle que sur base des commentaires ci-dessus relatifs à l'article 11ter que l'article 95 est à abroger.

#### Article 100

Le Conseil de l'Ordre voudrait faire quatre commentaires à l'article 100:

1. Le Conseil de l'Ordre note avec satisfaction que le projet de loi entend remplacer l'expression „perte de la moitié du capital social“ par la référence plus précise à l'„actif net“, aux fins de mesure de la perte de 50% au moins du capital social de la société. L'actif net constituant un concept comptable, il sera déterminé sur base des règles du droit comptable luxembourgeois. Celui-ci prévoyant, outre les règles classiques en matière de tenue des comptes (les „*Lux GAAP*“), la possibilité (sous certaines conditions) pour les sociétés de préparer leurs comptes selon des normes internationales (les „*IFRS*“), il convient de faire ce calcul dans le cadre du référentiel comptable qui a été retenu par la société concernée, en conformité aux dispositions légales en vigueur. Il faut supposer en effet que le référentiel „*IFRS*“ aura été retenu par les sociétés concernées aux fins d'assurer une image fidèle de leur patrimoine, ainsi que de leur situation financière, de sorte qu'il faudrait également pouvoir s'en remettre à ce référentiel comptable aux fins de calcul du seuil prévu à cet article.
2. Le Conseil de l'Ordre constate également que le projet de texte exige que la gérance expose non seulement les causes des pertes subies, mais qu'elle indique également les mesures qu'elle compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société. Concernant le volet „mesures à adopter“, le Conseil de l'Ordre voudrait relever que des situations peuvent être rencontrées où la perte de l'actif net ne nécessite pas de mesures de redressement particulières. On peut songer par exemple à la valeur d'un immeuble ou d'une participation ayant momentanément diminué, et dont on peut penser qu'elle augmentera dans un futur relativement proche. La perte pour les sociétés immobilières peut par ailleurs tout simplement résulter de l'amortissement comptable. Dans ces cas, aucune mesure de redressement ne devra être adoptée, ni a fortiori être proposée aux actionnaires. Pour cette raison, le Conseil de l'Ordre suggère de reformuler comme suit la deuxième phrase du deuxième alinéa:

*„S'il propose la poursuite des activités, il expose dans son rapport les mesures qu'il compte adopter, s'il y a lieu, en vue de redresser la situation financière de la société.“*

3. Le Conseil de l'Ordre constate, par après, que le droit d'obtention du rapport de la gérance prévu à cet article vise à mettre les actionnaires en mesure de se prononcer en connaissance de cause sur l'opportunité de continuer la société ou de la dissoudre, de sorte qu'il ne nécessitera pas d'être publié aux fins d'information des tiers. Il sera présenté pour la première fois à l'assemblée des actionnaires ou envoyé avec la convocation. Aux fins d'harmoniser les délais avec celui prévu à l'article 73, tel qu'aménagé par le projet de loi, il serait préférable que le droit d'obtention du rapport soit de huit jours au lieu de quinze. La quatrième phrase du deuxième alinéa se lirait dès lors comme suit:

*„Tout actionnaire a le droit d'obtenir gratuitement sur la production de son titre, huit jours avant l'assemblée, un exemplaire du rapport“.*

4. Le Conseil de l'Ordre voudrait enfin observer que, si dans la rédaction actuelle du texte de l'article 100 il peut y avoir débat sur la question de savoir si un vote de continuation de la société par les actionnaires doit être réitéré à chaque fois que de nouveaux comptes sont présentés et que la perte actée auparavant subsiste (et le Conseil de l'Ordre ne souhaite pas exprimer d'avis quant à l'interprétation à donner à ce propos, étant donné que certaines affaires judiciaires touchant à cette question sont en cours), il semble acquis que, dans la logique du nouveau texte qui impose la production d'un rapport justifiant les propositions faites par le conseil d'administration, le vote de continuation devrait intervenir une seule fois.

Si les actionnaires ont décidé de continuer la société sur base de ce rapport, et aussi longtemps que la situation de perte ne change pas (dans le sens qu'aucun des seuils légaux ne soit franchi ou, après un retour à meilleure fortune, ne soit franchi à nouveau), une répétition du vote à la présentation de



comptes annuels subséquents ne paraît pas nécessaire. Les actionnaires ont déjà pris leur décision en connaissance de cause et la situation bilantaire de la société n'a, dans l'hypothèse envisagée, pas fondamentalement changée. Par ailleurs, d'un point de vue pratique, le fait de devoir réitérer un rapport chaque année – puisqu'il faudrait alors supposer que le vote réitéré ne pourrait avoir valablement lieu que sur base d'un tel rapport – serait source de frais inutiles à charge de la société.

#### *Article 101-26*

Le Conseil de l'Ordre suggère de remplacer cette disposition par une référence croisée à l'article 37 paragraphe (2) nouveau, lequel est plus exhaustif en matière de clauses d'inaliénabilité et a également l'avantage de viser expressément les parts bénéficiaires qui pourraient être émises par la S.A.S. Alternativement, l'article 101-26 pourrait purement et simplement être supprimé au regard du renvoi général au régime de la S.A. opéré par l'article 101-18, 3ème alinéa.

#### *Article 115 paragraphe (2), 4°*

Le Conseil de l'Ordre estime que la sanction de la nullité n'est pas opportune s'agissant des événements postérieurs à la constitution d'une société, comme la réunion de toutes les parts en une seule main. La procédure de dissolution sans liquidation de l'article 1865bis nouveau du Code civil paraît à cet égard plus appropriée. L'article 203 de la loi pourrait également trouver à s'appliquer, de sorte que le nouveau numéro 4 de l'article 115 paragraphe (2) devrait de l'avis du Conseil de l'Ordre être supprimé.

#### *Article 141*

Le Conseil de l'Ordre approuve la formulation générale adoptée au paragraphe premier de cet article, en ce que la continuation de l'existence juridique de la société dissoute durant la phase de liquidation accroît la sécurité juridique pour toutes les parties concernées, notamment dans le contexte de dissolutions de sociétés en commandite simple spéciales. Il voudrait cependant relever que le texte, en raison de sa formulation tout à fait générale, s'appliquerait également, s'il était pris à la lettre, aux sociétés momentanées ainsi qu'aux sociétés en participation. Ce type bien particulier de sociétés relève cependant exclusivement de l'ordre contractuel, de sorte que les règles prévues dans le cadre du contrat de société (momentané ou en participation) s'appliqueront seules.

Le Conseil de l'Ordre constate également que la question de la dissolution éventuelle d'une société en raison de la réunion de toutes les parts en une seule main se trouve traitée à deux endroits différents: l'article 1865bis C.civ. et cet article-ci. Il serait préférable, de l'avis du Conseil de l'Ordre, de regrouper dans un article unique les dispositions relatives à la réunion de toutes les parts en une seule main. Sous réserve des remarques (importantes) qui suivent à leur propos, les paragraphes deux et trois seraient de ce fait à transférer à la disposition générale qu'est l'article 1865bis C.civ.

Le Conseil de l'Ordre voudrait émettre des réserves sur la pertinence pratique des paragraphes deux et trois de cet article. La finalité de ces paragraphes est de garantir les droits des créanciers publics, droits qui seraient à risque si l'associé unique situé dans des pays éloignés, n'accordant pas d'assistance judiciaire ou administrative, décidait de liquider la société luxembourgeoise avec transmission universelle de son patrimoine à l'associé même. Au cas où ce patrimoine serait composé de dettes vis-à-vis des organismes publics luxembourgeois, le paiement de ces dettes serait à risque. La production d'attestations des trois organismes publics indiqués au paragraphe deux, dont il ressort que les sociétés sont à jour avec leurs obligations financières vis-à-vis de ces trois organismes, devrait être de nature à réduire ce risque de comportement frauduleux. Mais cette procédure présente au moins deux inconvénients. Tout d'abord, elle nécessite que les organismes publics concernés soient en mesure et disposés à émettre les certificats endéans des délais relativement courts. Mais comme le projet de texte ne prévoit pas de délai d'émission (qui devrait, de l'avis du Conseil de l'Ordre, ne pas dépasser la semaine ouvrable), il est à craindre que des délais parfois importants ne soient subis, délais pouvant facilement dépasser les trois mois, de sorte que les attestations seraient déjà périmées au jour de leur réception. Par ailleurs, la nature des paiements à effectuer au profit des trois organismes publics est telle que le but poursuivi ne sera de toute façon pas atteint. En effet, les sociétés paient des avances en matière d'impôts (impôt sur le revenu, TVA, ...) comme en matière de Sécurité sociale, les soldes étant réglés suite à des décomptes reçus la plupart du temps bien plus tard, après la fin de l'année civile. Une société devant encore payer un solde, en raison de déclarations à remettre par la suite, sur base de son chiffre d'affaires, de ses rémunérations payées, de son bénéfice réalisé durant l'année, ne sera par définition

jamais „en règle“ par rapport à l’objectif recherché, qui est d’éviter que ce genre de dissolution ne soit possible en présence d’un passif à l’égard des organismes publics luxembourgeois. Plutôt que de prévoir la possibilité en droit de la dissolution volontaire par la réunion de toutes les parts en une seule main, possibilité qui n’existerait cependant pas dans les faits, en raison de l’impossibilité matérielle d’obtenir les attestations nécessaires, il est préférable de s’en tenir à la situation actuelle. En effet, une dissolution volontaire par la réunion de toutes les parts en une seule main pourra toujours être remise en cause par les organismes publics luxembourgeois, sur base des règles générales en matière de „*fraus omnia corrumpit*“, s’il s’avère que la motivation de l’associé était frauduleuse.

Sur base de ces considérations, le Conseil de l’Ordre propose de reformuler comme suit le projet de texte:

**Art. 141. (1) Les sociétés civiles et commerciales, autres que les sociétés momentanée ou en participation, sont, après leur dissolution, réputées exister pour leur liquidation.**

*La société européenne (SE) ayant établi son siège statuaire au Grand-Duché de Luxembourg est soumise aux règles applicables aux sociétés anonymes.*

*Toutes les pièces émanées d’une société dissoute mentionneront qu’elle est en liquidation.*

*(2) Tout acte de dissolution volontaire par la réunion de toutes les parts en une seule main doit, à peine de nullité, être accompagné par des attestations établies par:*

- 1) le Centre d’informatique, d’affiliation et de perception des cotisations commun aux institutions de sécurité sociale,*
- 2) l’Administration des contributions directes,*
- 3) l’Administration de l’enregistrement et des domaines,*

*attestations dont il ressort que la société est en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale, des impôts et taxes à une date qui ne peut être ni antérieure de trois mois au jour de l’acte de dissolution ni postérieure à l’acte de dissolution.*

*(3) Les sociétés civiles et commerciales qui respectent les délais de paiement leur consentis, conformément aux lois ou règlements en vigueur, par une des administrations visées au paragraphe (2), points 2) et 3), sont considérées comme étant en règle et peuvent se faire délivrer l’attestation prévue au paragraphe (2).“*

#### Article 163

Le Conseil de l’Ordre rend attentif au fait que, suite à l’introduction de l’article 11ter 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;“*

#### Article 168

Le Conseil de l’Ordre est d’avis que la référence à l’article 182 paragraphes (2) à (7) doit être supprimée. Cette disposition est en effet l’équivalent pour la S.à r.l. de l’article 49-8 (visant l’émission et le rachat d’actions rachetables) en matière de S.A., alors que le texte actuel de l’article 168 ne se rapporte qu’à l’article 49-2 (rachat d’actions propres) en matière de S.A., qui ne connaît pas d’équivalent dans la S.à r.l. Le Conseil de l’Ordre pourrait toutefois se satisfaire d’une référence à l’article 182 paragraphe (3) uniquement, la condition posée par cette disposition étant à son avis d’application générale en matière de rachat d’actions ou de parts propres.

#### Article 181

Le Conseil de l’Ordre 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. Le Conseil de l'Ordre 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.*“

#### Article 189

Le Conseil de l'Ordre souhaite faire trois observations quant à l'article 189:

1. Dans son avis du 23 février 2010, le Conseil d'Etat s'oppose à ce que le refus par l'assemblée générale d'agréer un transfert de parts sociales à un non-associé résulte en une inaccessibilité permanente de celles-ci. 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. La société pourrait également, dans certaines conditions et sur une base volontaire, procéder à un tel rachat.

Le Conseil de l'Ordre souligne que cette solution revient à organiser un régime de rachat ou de sortie forcé(e) dans la S.à r.l., qui serait alors la seule forme sociale à se voir l'imposer. Premièrement, ce régime opérerait de fait une dérogation au principe posé par l'article 179 paragraphe (1), selon lequel les associés de la S.à r.l. ne sont tenus qu'à hauteur de leur apport, ce qui ne paraît pas souhaitable. La responsabilité limitée des associés est en effet une caractéristique fondamentale de la S.à r.l. sans laquelle celle-ci ne rencontrerait très probablement pas le succès qui est le sien actuellement. Il y aurait également une forme d'iniquité à imposer ce changement aux associés de S.à r.l. existantes, qui ont souscrit à ou acquis des parts sociales en se reposant sur le fait qu'en aucune circonstance ils ne se verraient imposer de verser des montants supplémentaires du fait de leur investissement. Enfin, le texte proposé donne un levier injustifiable à l'associé désirant sortir de la société mais n'étant simplement pas à même de trouver un acquéreur à un prix qui lui conviendrait. En effet, il lui serait dans ce cas aisé de demander l'agrément d'un cessionnaire manifestement inacceptable pour les autres associés dans le seul but de déclencher la procédure de rachat. L'unique moyen de protection des associés non sortants serait alors la preuve – difficile à rapporter – de l'abus de droit.

Pour ces raisons, le Conseil de l'Ordre doit s'opposer au texte tel que proposé. Il propose de modifier ce texte *a minima* afin de rendre le principe posé à l'article 189 paragraphe (1), alinéa 2 optionnel. En d'autres termes, en cas de refus d'agrément, les associés non sortants disposeraient de 3 mois pour racheter ou faire racheter les parts sociales de l'associé sortant au prix déterminé selon le paragraphe (3) de l'article 189, faute de quoi l'associé sortant serait en droit de vendre ses parts sociales au tiers initialement convenu. Ceci semble partiellement ressortir de l'alinéa 4 de l'article 189 paragraphe (1), prévoyant que l'associé sortant peut réaliser la cession initialement prévue si aucune solution n'est intervenue. Cette disposition semble cependant entrer en conflit avec l'obligation faite aux associés de racheter les parts de l'associé sortant à l'alinéa 2 de l'article 189 paragraphe (1).

Les modifications proposées par le Conseil de l'Ordre 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~~ **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.*“

2. Par ailleurs, l'article 189 paragraphe (3) dispose que le prix de rachat des parts sociales de l'associé qui se serait vu refuser l'agrément sera fixé par les statuts. En cas de désaccord sur le prix, celui-ci sera déterminé par le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé.

Le Conseil de l'Ordre observe qu'il serait préférable de préciser que l'intervention de ce magistrat se fera également en cas d'absence de clause statutaire quant à la détermination du prix de rachat. Sur le modèle de l'article 1843-4 du Code civil français, il pourrait également être utile d'indiquer que la détermination du prix ne sera pas effectuée par le magistrat visé ci-avant, mais bien par un expert nommé par lui.

Enfin, il semble opportun au Conseil de l'Ordre d'aligner les modalités de détermination du prix de rachat des parts sociales des associés sortants tant en cas de transfert entre vifs qu'à cause de mort.

Le Conseil de l'Ordre propose, partant, les modifications suivantes:

*„(2) Ni les parts sociales ni les parts bénéficiaires portant droit de vote ne peuvent être transmises en pleine ou en nue-propriété pour cause de mort à des personnes autres que les associés ou les détenteurs de parts bénéficiaires portant droit de vote sans l'agrément d'associés représentant les trois quarts des parts sociales appartenant aux survivants. Les statuts peuvent toutefois abaisser cette majorité jusqu'à la moitié des parts sociales appartenant aux survivants.*

*Sauf disposition contraire des statuts, l'agrément n'est pas requis lorsque les parts sont transmises, soit à des héritiers réservataires, soit au conjoint ou partenaire survivant, et, pour autant que les statuts le prévoient, aux autres héritiers légaux.*

*Les héritiers ou les bénéficiaires d'institutions testamentaires ou contractuelles qui n'ont pas été agréés et qui n'ont pas trouvé un cessionnaire réunissant les conditions requises, peuvent provoquer la dissolution anticipée de la société, trois mois après une mise en demeure signifiée aux gérants par exploit d'huissier et notifiée aux associés par pli recommandé à la poste.*

*Toutefois, pendant ledit délai de trois mois, les parts sociales et parts bénéficiaires portant droit de vote du défunt peuvent être acquises, soit par les associés, sous réserve de la prescription de la dernière phrase de l'article 199, soit par un tiers agréé par eux, soit par la société elle-même.*

*Le prix de rachat des parts sociales ou parts bénéficiaires portant droit de vote ~~se calcule sur la base du bilan moyen des trois dernières années et, si la société ne compte pas trois exercices, sur la base du bilan de la dernière ou de ceux des deux dernières années~~ est fixé conformément aux conditions prévues au paragraphe (3).*

*S'il n'a pas été distribué de bénéfice, ou s'il n'intervient pas d'accord sur l'application des bases de rachat indiquées par l'alinéa précédent, le prix sera fixé, en cas de désaccord, par les tribunaux.*

*L'exercice afférent aux parts sociales et aux parts bénéficiaires portant droit de vote du défunt est suspendu jusqu'à ce que le transfert de ces droits soit opposable à la société.*

*(3) Les conditions et les modalités de rachat sont fixées par les statuts. En cas de désaccord des parties quant au prix de cession ou à défaut de modalités de détermination de ce prix dans les statuts, celui-ci est déterminé par un expert désigné par le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé. L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les conditions et modalités de détermination du prix de cession prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties. La valeur des parts est fixée au jour de la notification de la cession en cas de cession entre vifs et au jour du décès en cas de transmission pour cause de mort.*“

3. Enfin, le Conseil de l'Ordre observe à toutes fins utiles que lorsque les parts sociales ou parts bénéficiaires sont soumises à une clause contractuelle ou statutaire prévoyant une inaliénabilité temporaire de celles-ci, l'article 189 paragraphe (1) ne trouvera logiquement à s'appliquer qu'à l'expiration de la période d'inaliénabilité.

*Article 191bis paragraphe (2)*

Le Conseil de l'Ordre s'interroge sur l'opportunité de l'obligation faite par le projet de loi examiné d'obtenir le consentement de l'assemblée constitutive ou, le cas échéant, de l'assemblée extraordinaire, à l'utilisation du mécanisme décisionnel des résolutions circulaires par l'inclusion d'une clause statutaire *ad hoc*, étant donné que de nombreuses S.à r.l. ont eu par le passé ou ont toujours recours aux résolutions circulaires sans autorisation expresse dans leurs statuts. Le texte proposé crée de l'avis du Conseil de l'Ordre des incertitudes importantes qui pourraient remettre en cause nombre de décisions prises par le passé alors même que l'objectif du législateur semble être inverse.

Il est donc suggéré de modifier l'article 191bis paragraphe (2) comme suit:

*„(2) Les décisions du collège de gérance peuvent être prises, ~~si les statuts l'autorisent,~~ sauf clause contraire des statuts, par consentement unanime des membres du collège, exprimé par écrit.*

*Les décisions prises selon cette procédure sont réputées être prises au siège de la société.“*

*Article 198*

Il convient de remplacer le terme „membres“ par „associés“ afin d'éviter une incertitude quant à la question de savoir si les détenteurs de parts bénéficiaires sont visés par cette disposition ou non.

*Article 199*

L'article 199, alinéa 3 nouveau rend applicable à la S.à r.l. l'article 32 paragraphe (2) et suivants à condition que les parts sociales ainsi émises le soient à des associés existants ou des personnes tierces ayant obtenu l'agrément conformément aux dispositions de l'article 189. Le Conseil de l'Ordre suggère de modifier cette disposition en y ajoutant une référence à l'article 11quater afin de viser de manière expresse la conversion des obligations convertibles ou l'exercice d'un autre droit de souscription y visé au moyen d'une procédure de capital autorisé.

Il serait dès lors utile de rajouter en fin de phrase les mots „ou de l'article 11quater“.

*Articles 308bis-15 à 308bis-27*

Le Conseil de l'Ordre note avec satisfaction que la Sous-Commission fait sienne les observations de la CDEB quant à cette nouvelle section de la loi qui traite des transformations.

En particulier le Conseil de l'Ordre salue le fait que l'exigence trop lourde d'un rapport d'un réviseur d'entreprises agréé ne s'impose que dans le cas d'une transformation d'une société civile, d'un GIE ou d'une société de personnes en SA ou en SCA.

De façon générale le texte permet de garder la flexibilité des transformations en S.à r.l. et de minimiser le formalisme avec l'accord de tous les actionnaires (qui peuvent renoncer à l'établissement d'états comptables ou de rapports comme en matière de fusion des sociétés).

En cas de transformation en société à responsabilité limitée, en société anonyme ou en société en commandite par actions, le capital social de la société ou du GIE avant transformation tel qu'exprimé dans les statuts ou à défaut indiqué dans cet état comptable, devra être égal au capital social minimum exigé par la loi pour la forme de société dans laquelle la transformation sera effectuée. A défaut une augmentation de capital devra être effectuée au moment de la transformation.

Si l'état résumant la situation active et passive de la société à transformer fait apparaître un actif net inférieur au capital social minimum pour la forme nouvelle, la transformation reste possible sous réserve, le cas échéant, de l'application de l'article 100 pour les sociétés anonymes ou les sociétés en commandite par actions.

## 2. Commentaires de pure forme

Les commentaires suivants sont de nature exclusivement rédactionnelle et ont trait à la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales:

*Section I. („Observations générales concernant la loi modifiée du 10 août 1915“)*

- 3ème et 4ème tirets: La section „I. Observations générales concernant la loi modifiée du 10 août 1915.“ de la lettre d'amendements de la SCDS, 3ème et 4ème tirets, propose de remplacer chaque

occurrence de la référence (i) à la directive 68/151/CEE par une référence à la directive 2009/101/CE et (ii) aux directives 78/660/CE et 83/349/CEE par une référence à la directive 2013/34/UE. Or, ce simple remplacement est dans certains cas insuffisant et doit être plus précis. Il faudrait en particulier adapter les numéros d'articles des directives anciennes figurant dans la loi de 1915 à ceux des dispositions équivalentes figurant dans les directives nouvelles<sup>4</sup>. L'ensemble des références aux directives nouvelles devrait donc faire l'objet d'une vérification.

- Le 5ème tiret de cette même section dispose qu'à l'article 61, les termes „dans l'acte de société“ doivent être remplacés par les termes „des statuts“. Par souci de cohérence, il faudrait également procéder de même aux articles 52, 191 et 200.
- Selon le 8e tiret de la section I. précitée, il faut ajouter à l'article 132 le terme „modifiée“ après „la loi“. Il s'agit ici de la loi du 19 décembre 2002. Cette modification est également à opérer aux autres articles de la loi de 1915 citant la loi de 2002 pour lesquels le terme „modifiée“ a été omis<sup>5</sup>.

#### Article 3 alinéa 5

Le terme „soit“ doit se lire „soient“ („*quelles que soient la nature primitive de son objet et l'époque de sa constitution*“).

#### Article 4bis nouveau

„[...] qui peut être soit la dénomination particulière ou la désignation de l'objet“. Il est suggéré de remplacer „ou“ par „soit“.

#### Article 11bis

Au paragraphe 1, 6), les termes „raison sociale“ devraient être retirés étant donné que ceux-ci ont été supprimés tout au long de la loi de 1915.

Aux paragraphes 1, 5), c) et 1, 6), b), la phrase doit chaque fois se terminer par un point et non un point-virgule.

#### Article 12, alinéa 1<sup>er</sup>

Le terme „ou président“ est ajouté après ceux de „membres du directoire“. L'article consolidé sera rédigé donc comme suit: „Les sociétés agissent par leurs gérants, administrateurs ou membres du directoire „ou président“ (...)“. Il faudrait plutôt prévoir de remplacer les termes „ou membres du directoire“ par „ , membres du directoire ou président“.

#### Article 12ter paragraphe (2), 3)

Le terme „simples“ doit s'écrire „simple“.

#### Article 12septies 4°

Concernant le passage „lorsque les droits de vote qui sont suspendus en vertu d'une disposition légale non reprise dans la présente loi, ont été exercés (...)“, la virgule après „loi“ doit être supprimée.

#### Article 16

Le dernier tiret du point 8 du projet SCDS dispose que „l'article 24 est supprimé“ alors qu'il traite de l'article 16 et que le point suivant 8bis concerne l'article 22-1. Le Conseil de l'Ordre pense qu'il serait plus logique de mettre ce tiret sous 8ter qui prévoit quant à lui d'abroger l'article 25.

4 A titre exemplatif, concernant l'article 160-5 de la loi de 1915, l'article 4 de la directive 68/151/CEE correspond à l'article 5 de la directive 2009/101/CE; concernant l'article 262 de la loi de 1915, l'article 3 paragraphe (2) de la directive 68/151/CEE correspond à l'article 3 paragraphe 3 de la directive 2009/101/CE; concernant l'article 320 paragraphe (3), les articles 22 alinéa 2, 23, 25 et 26 et 4 de la directive 78/660/CEE correspondent respectivement à l'article 13 paragraphe 2; Annexe V, points 1 à 17; Annexe VI, points 1 à 15 de la directive 2013/34/UE; l'article 26 de la directive 78/660/CEE a été abrogé; l'article 4 correspond aux articles 9 paragraphes 2 à 5, 6 paragraphe 1 point h) et 6 paragraphe 3.

5 Cf. notamment articles 163, 2°; 160-7; 166.

*Article 32 (6) alinéas 2 et 3*

Le Conseil de l'Ordre se demande si la référence au réviseur d'entreprises devrait viser le réviseur d'entreprises agréé.

*Article 32-3 paragraphe (3)*

Le Conseil de l'Ordre se demande si les termes „journal de Luxembourg“ visent un journal édité au Grand-Duché de Luxembourg ou bien à Luxembourg-Ville et propose de clarifier en utilisant les termes „journal luxembourgeois“ ou encore, comme à l'article 45 paragraphe 4 et à des fins de cohérence, „journal publié au Luxembourg“.

*Article 49-2 paragraphe (1) point 4*

La disposition doit se terminer par un point-virgule et non un point.

*Article 49-5, paragraphe (1) a)*

Même commentaire.

*Article 59 alinéa 4*

Les termes „pour ce qui est membres du conseil d'administration“ doivent être remplacés par „pour ce qui **est** concerne les membres du conseil d'administration“.

*Article 60 alinéa 5*

Dans la phrase „La responsabilité des délégués à la gestion journalière à en raison de cette gestion se détermine conformément aux règles générales du mandat“, le Conseil de l'Ordre soulève qu'il faut soit supprimer „à en raison de cette gestion“, soit „à“ pour une question de lisibilité de la phrase.

*Article 60-2 alinéa 6*

Le terme „précédent“ doit être remplacé par „précédent“.

*Article 60bis-18 5e alinéa*

Le Conseil de l'ordre fait remarquer qu'il faudrait remplacer „à l'alinéa premier“ par „à l'alinéa 1<sup>er</sup>“ afin de rester cohérent avec les modifications effectuées tout au long du texte de la loi de 1915.

*Article 63bis, 2ème alinéa*

Le mot „de“ avant „dix pour cent“ est à supprimer.

*Article 64bis paragraphe (2)*

Le Conseil de l'Ordre soulève que l'expression „sauf disposition contraire des statuts“ figure soit au singulier soit au pluriel dans la loi de 1915 et qu'une harmonisation serait souhaitable.

*Article 67-1 paragraphe (2)*

Même commentaire qu'à l'endroit de l'article 32-3 paragraphe (3).

Le Conseil de l'Ordre attire également l'attention de la SCDS sur les risques liés à certaines incohérences entre des projets de loi visant à modifier la loi de 1915 et discutés en parallèle. A titre d'exemple, concernant l'article 67-1 paragraphe (2), le projet de loi 5730 prévoit l'insertion d'annonces une fois 15 jours avant l'assemblée alors que le projet de loi 6624 revient à nouveau aux annonces devant être déposées deux fois à 15 jours d'intervalle.

Les projets de loi 6624 et 5730 semblent être menés de front, il paraît indispensable au Conseil de l'Ordre qu'un exercice de coordination ait lieu afin d'éviter une insécurité juridique potentielle résultant d'incohérence entre ces deux projets. Il pense en particulier à la suppression pure et simple de l'article 9 de la loi de 1915 tel que prévu par le projet de loi 6624, qui devrait avoir de nombreuses répercussions sur les renvois fait à cette disposition tout au long de la loi de 1915.

*Article 70*

– alinéa 2: le Conseil de l'Ordre suggère que les mots „à ce“ soient introduits entre „de façon“ et „qu'elle soit tenue“,

- alinéa 3: dans la phrase „les administrateurs, les membres du directoire et du conseil de surveillance, selon le cas, (...)“ „et“ doit être remplacé par „ou“;
- alinéa 7: même commentaire qu’à l’endroit de l’article 32-3 paragraphe (3).

*Article 70bis*

Même commentaire qu’à l’endroit de l’article 32-3 paragraphe (3).

*Article 100*

Même commentaire qu’à l’endroit de l’article 70 alinéa 2.

*Article 101-24*

Cette disposition fait référence aux „*commissaires aux comptes*“ alors que le terme „*commissaire*“ est utilisé par ailleurs dans la loi de 1915. Le Conseil de l’Ordre suggère de s’en tenir à la deuxième formulation.

*Article 146bis*

Même commentaire qu’à l’endroit de l’article 70 alinéa 2.

*Article 148ter*

Il est proposé d’ajouter les termes „civiles ou“ avant „commerciale“ au passage suivant à des fins de cohérence avec le début de la disposition: „(...) la société en commandite spéciale étant tenue directement de l’exécution des obligations de la société civile ou commerciale, de la même manière que celle-ci y était tenue (...)“.

*Article 157 alinéa 6*

Les termes „aux dommages-intérêts“ pourraient être remplacés par „des dommages-intérêts“ par souci de cohérence avec l’alinéa 5.

*Article 184 paragraphe (2)*

La dernière phrase de cette disposition paraît superfétatoire à la lecture de la première phrase et devrait donc être supprimée.

*Article 187*

Le Conseil de l’Ordre estime qu’il serait plus correct de remplacer „émanés“ par „émanant“.

*Article 195*

Le Conseil de l’Ordre note que les changements proposés par lui à l’endroit de l’article 67 paragraphe (8) devront également figurer à l’article 195.

*Article 198bis b)*

Concernant le passage „(...) sommes à porter en réserves“, l’article 72-1 utilise la même expression au singulier (mais au pluriel à l’article 72-2 (1) b). La différence orthographique ne semble pas se justifier.

*Article 309, paragraphe (1)*

Une virgule doit être ajoutée après „toute société par actions simplifiée[,]“.

*Points divers:*

- références en abrégé: il est fait référence au mot „article(s)“ en abrégé (c’est-à-dire „art.“) dans les articles suivants: 3, 31 3), 40, 48, 85, 125, 126, 129, 142, 145, 148, 148bis, 151, 153, 157, 160, 175, 176, 177, 185, 186, 189, 192, 198, 200, 202. Il est suggéré d’écrire le mot en entier. Même commentaire pour „al.“ qui devrait être remplacé par alinéa (alinéa en abrégé se retrouve aux articles suivants: 63, 84, 160, 163 et 176),



- les termes „ledit“, „lesdites“ et „audit“ doivent s’écrire en un mot. Voyez notamment les articles 129 alinéa 2, 133 alinéa 2, 185 2° et 189 alinéa 5,
- à l’article 75, il est écrit „les noms, prénoms, professions et domiciles (...)“. Il est suggéré de supprimer le „s“ à „nom“ afin d’harmoniser le texte avec celui de l’article 127 „les nom, prénoms, (...)“ et des articles de la loi de 2002 (ex. art. 4, art. 6, etc.).

Luxembourg, le 4 septembre 2015

Rosario GRASSO  
*Bâtonnier*

