



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

Procès-verbal de la réunion du 20 novembre 2014

Ordre du jour :

1. 5730 **Projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et modification du Code civil et de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises**
- Rapporteur: Monsieur Franz Fayot
- Continuation de l'examen des articles

2. Divers

*

Présents : M. Guy Arendt, M. Franz Fayot, M. Léon Gloden, M. Roy Reding

Mme Hélène Massard, du Ministère de la Justice

Mme Carole Closener, de l'Administration parlementaire

Excusée : Mme Viviane Loschetter

*

Présidence : M. Franz Fayot, Président de la Commission

*

1. 5730 **Projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et modification du Code civil et de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises**

Point 21 – Article 32-4

Il est rappelé que l'examen du point 21 avait déjà été entamé lors de la réunion du 13 novembre 2014. Lors de celle-ci, il avait été décidé de reprendre la substance de l'amendement parlementaire à l'article 32 (5) en l'ajoutant en tant que deuxième alinéa à l'article 32-4.

La CDEB avait remarqué qu'à des fins de cohérence, il serait préférable que les règles prévues à l'article 32-4 s'appliquent indifféremment aux obligations convertibles et à toute autre forme d'instrument de créance convertible en actions, comme par exemple un prêt convertible.

Les membres de la Sous-commission et le Ministère de la Justice se rallient à la position de la CDEB en reprenant ses propositions de texte. Par conséquent, le nouvel alinéa 2 de l'article 32-4 devient un alinéa 3.

Partant, l'article 32-4 sera libellé comme suit :

« Art. 32-4.– Les articles 32, 32-1 à l'exception de son paragraphe (5) et 32-3 sont applicables à l'émission d'obligations convertibles, **de tous autres instruments de créance convertibles en capital ou de droits de souscription, isolés ou attachés à un autre titre., mais non à la conversion du titre et à l'exercice du droit de souscription auxquels s'applique toutefois l'article 32-2. Le paragraphe (5) de l'article 32-1 est toutefois applicable à l'émission d'obligations convertibles ou de tous autres instruments de créance convertibles en capital lorsque le prix de souscription de tels instruments est libéré en nature.**

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

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

Point 22 – Article 37

Paragraphe 1

Le projet de loi prévoyait de regrouper les dispositions actuelles de l'article 37 sous un nouvel article 1.

Un amendement parlementaire proposait de modifier le 2^e alinéa afin de disposer qu'« Il peut être créé des titres parts bénéficiaires non représentatifs du capital social désignés par la présente loi par l'appellation de „parts bénéficiaires“. Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés. »

Or, le Conseil d'Etat, dans son avis du 23 février 2010, marque sa nette préférence pour le texte des auteurs du projet de loi, car celui de la commission parlementaire pourrait faire croire qu'il existerait aussi des parts bénéficiaires représentatives du capital social.

En outre, le Conseil d'Etat marque son accord avec la suppression de l'actuel alinéa 3. L'ajout au 4^e alinéa n'appelle pas d'observation.

En réponse aux observations du Conseil d'Etat, il est proposé de revenir au texte initial, tel que proposé par les auteurs du projet de loi.

Paragraphe 2

Le Conseil d'Etat a surtout formulé de nombreuses remarques concernant le paragraphe 2.

Le paragraphe 2 introduit dans la loi la faculté de limiter la cessibilité et la transmissibilité des actions de toute nature, des droits de souscription ou de tous autres titres donnant droit à l'acquisition d'actions par une disposition des statuts, des actes d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription et toutes autres conventions.

L'alinéa 2 prévoit que l'inaliénabilité doit être limitée dans le temps et justifiée par une non-contrariété à l'intérêt social.

Le Conseil d'Etat renvoie quant à cette limitation à ses développements dans les considérations générales de son avis ou il constate que la justification de l'intérêt de la société est continuellement éliminée par une non-contrariété à l'intérêt de la société. Il ne peut pas suivre les auteurs, car une non-contrariété constitue un renversement de la charge de la preuve rendant celle-ci sinon impossible, du moins très difficile face à un intérêt abstrait et non défini. Il s'agit ici d'une innovation introduite par les auteurs, car ni la législation belge ni la législation française ne connaissent une limitation des droits des actionnaires. Le Conseil d'Etat propose par conséquent de prévoir que de telles limitations devront être prouvées par l'intérêt de la société, afin d'éliminer tout abus.

Selon le Conseil d'Etat, en adoptant le motif de non-contrariété à l'intérêt social, contrairement à la justification de la loi belge qui porte sur l'intérêt social et à la loi française qui, par application de l'article 900-1 du Code civil, vise un intérêt sérieux et légitime, les auteurs contournent la difficulté de devoir prouver l'intérêt de priver un porteur de titre d'un droit qui lui revient soit par héritage soit autrement. Le Conseil d'Etat s'oppose formellement à cette « pirouette » qui ôte, selon lui, au porteur de titre toute possibilité sérieuse de contester de telles limitations à l'exercice du droit de propriété.

Il est rappelé qu'un amendement parlementaire visait à supprimer la justification de la non-contrariété à l'intérêt social et que le Conseil d'Etat y a marqué son accord.

Partant, il est décidé de maintenir la suppression de la condition de non-contrariété à l'intérêt social en arguant que la conformité à l'intérêt social est implicite étant donné que c'est un principe général du droit des sociétés (commentaire).

L'alinéa 5 prévoit la façon de déterminer le prix de cession des actions. Le Conseil d'Etat se demande si les auteurs veulent régler ainsi seulement le prix de cession des actions ou également celui des autres titres qui tombent sous les limitations prévues. En toute hypothèse, le Conseil d'Etat propose l'application de ces règles à tous les titres limités dans leur cessibilité et dans leur transmissibilité. En réponse à l'observation du Conseil d'Etat à laquelle la Sous-commission et le Ministère de la Justice se rallient, il est proposé d'ajouter à la première phrase de l'alinéa 5 les mots « parts, droits ou titres visés à l'alinéa 1^{er} » après les termes « du prix de cession des actions ».

Le dernier alinéa prescrit la nullité de toute cession effectuée en violation des clauses statutaires. A l'analyse du texte, le Conseil d'Etat note que cette nullité ne s'applique qu'aux seules cessions à l'exclusion des transmissions dans le cadre de la liquidation d'un régime matrimonial ou pour cause de mort.

Le Conseil d'Etat observe ensuite que seules les cessions en violation des clauses statutaires sont visées à l'exclusion des limitations prévues par les actes d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription et de toutes autres conventions. Si telle est l'intention des auteurs, le Conseil d'Etat peut, tout en tenant compte des

observations qui précèdent, marquer son accord avec le texte de cet alinéa. Le Ministère de la Justice confirme que telle était l'intention.

Finalement, le Conseil d'Etat se pose la question quelles autres conventions pourraient limiter la cessibilité et la transmissibilité des actions, des droits de souscription ou de tous autres titres donnant droit à l'acquisition d'actions. Les statuts font la loi entre actionnaires, tout comme les actes d'émission fixent notamment les règles de cession des titres émis. Ces documents sont publics et les actionnaires et porteurs de titres les connaissent au moment où ils souscrivent. Le Conseil d'Etat ne peut pas marquer son accord à ce que de simples conventions introduisent des limitations, alors qu'elles ne lient que les parties contractantes. Dans ce cas, elles relèvent du droit général des obligations et il n'y a pas d'utilité d'inscrire ces règles dans la loi concernant les sociétés.

Les membres de la Sous-commission se rallient à l'avis du Conseil d'Etat et décident de supprimer :

- au 2^e paragraphe, 1^{er} alinéa, les termes « et toutes autres conventions » ;
- au 5^e alinéa les termes « ou conventionnelles » ;
- ainsi que le 6^e alinéa.

Il est d'ailleurs rappelé à cet égard que les dispositions du paragraphe 2 sont tirées à la fois du droit belge et du droit français. Or, le droit belge ne prévoit pas les deux derniers alinéas. L'idée est évoquée d'intégrer dans le commentaire des articles ou dans les considérations générales un avis juridique sur les pactes d'actionnaires afin de préserver la sécurité juridique de cette pratique.

Par ailleurs, la CDEB fait un certain nombre de propositions afin, notamment, d'intégrer les parts bénéficiaires dans le champ d'application du paragraphe 2. Pour des raisons de cohérence avec le texte de l'article 32-4, il en va de même pour les titres de créance convertibles en capital non expressément visés par le texte actuel.

Aux alinéas 2 et 3, la CDEB propose d'allonger le délai de six mois suivant la demande d'agrément, qui paraît trop court, durée à douze mois. Le bénéfice de la disposition est en outre étendu à l'ensemble des titres visés à l'alinéa 1^{er}, conformément à une suggestion en ce sens du Conseil d'Etat.

Enfin, la CDEB propose de supprimer le nouveau paragraphe 3 en réponse à l'opposition formelle du Conseil d'Etat. Les restrictions statutaires ou conventionnelles à la cessibilité de parts bénéficiaires suivront dorénavant le régime prévu sous le paragraphe 2. Par conséquent, il y a lieu d'ajouter les parts bénéficiaires au champ d'application du paragraphe 2.

En effet, concernant le paragraphe 3, le Conseil d'Etat doute que la loi puisse permettre aux statuts de prescrire l'incessibilité pure et simple et l'intransmissibilité des parts bénéficiaires en toutes circonstances et notamment dans le cadre de la liquidation de régimes matrimoniaux ou de successions. Il ne peut marquer son accord avec de telles restrictions, sauf à prévoir une clause de rachat obligatoire ou de limiter celles-ci à une clause de préemption ou d'agrément, limitées dans le temps afin que les porteurs de titres ne deviennent pas les prisonniers de la société.

Les membres de la Sous-commission approuvent ces propositions de modification.

Partant le point 33 serait libellé comme suit :

- « 22) Le texte actuel de l'article 37 devient le paragraphe (1) de cet article lequel est rédigé comme suit:

« (1) Le capital des sociétés anonymes se divise en actions, avec ou sans mention de valeur.

Il peut être créé des titres parts bénéficiaires non représentatifs du capital social désignés par la présente loi par l'appellation de "parts bénéficiaires". Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés.

Les actions et parts sont nominatives ou au porteur.

Les actions peuvent être divisées en coupures qui, réunies en nombre suffisant, confèrent les mêmes droits que l'action, sous réserve de ce qui est dit à l'article 68.

Les actions et les coupures portent un numéro d'ordre. "

Il est ajouté un paragraphe (2) et un paragraphe (3) au même article 37 rédigés comme suit:

(2) Les statuts, les actes d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription ~~et toutes autres conventions~~ peuvent limiter la cessibilité entre vifs ou la transmissibilité à cause de mort des actions de toute nature, des parts bénéficiaires, des droits de souscription ou de tous autres titres donnant droit à l'acquisition d'actions, en ce compris les obligations convertibles, les obligations avec droit de souscription ou les obligations remboursables en actions ou tout autre instruments de créance convertible en capital.

Les clauses d'inaliénabilité doivent être limitées dans le temps.

Toutefois, lorsque la limitation résulte d'une clause d'agrément ou d'une clause prévoyant un droit de préemption, l'application de ces clauses ne peut aboutir à ce que l'incessibilité soit prolongée plus de douze six mois à dater de la demande d'agrément ou de l'invitation à exercer le droit de préemption.

Lorsque les clauses visées à l'alinéa 3 prévoient un délai supérieur à six mois, celui-ci est de plein droit réduit à douze six mois.

Si les dispositions statutaires ou conventionnelles ne précisent pas les modalités de détermination du prix de cession des actions, parts, droits ou titres visés à l'alinéa 1^{er}, ce prix est, à défaut d'accord entre les parties, déterminé par le président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé. La valeur des actions, parts, droits ou titres visés à l'alinéa 1^{er} 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.

~~Les conventions entre actionnaires qui sont contraires aux dispositions des alinéas qui précèdent sont nulles.~~

Toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle.

~~(3) Les statuts peuvent prévoir l'incessibilité pure et simple ou l'intransmissibilité des parts bénéficiaires.~~ »

Le Conseil d'Etat salue la proposition d'accorder aux propriétaires indivisaires, dont l'exercice des droits sociétaires est suspendu, le même droit à l'information qu'aux autres associés. Il se demande cependant si la formulation de l'article est correcte, car l'information prévue à l'article 73 n'a rien à voir avec le droit de vote. Il préférerait qu'une phrase soit ajoutée à la disposition actuelle qui pourrait se lire de la façon suivante:

« Les propriétaires indivisaires ont cependant droit à l'information prévue à l'article 73. »

Les membres de la Sous-commission approuvent cette proposition. Partant le point 23 aurait la teneur suivante :

« 23) L'article 38 est complété par la phrase suivante :
Les propriétaires indivisaires ont cependant droit à l'information prévue à l'article 73. »
à l'article 38, les mots „à l'exclusion du droit à l'information prévu à l'art. 73,“ sont
insérés après les mots „a le droit de suspendre l'exercice des droits y afférents,“.

Point 23bis – Article 43

Le Conseil d'Etat n'est pas d'accord avec la suppression du premier alinéa de l'article 43. Il ne voit pas l'utilité de supprimer l'interdiction de céder des actions d'une société qui n'est pas encore constituée, voire pour lesquelles le versement minimal n'a pas encore eu lieu. Si pour les émissions publiques une surveillance est assurée, tel n'est pas le cas pour les autres émissions. La non-validité actuelle de telles ventes constitue une protection contre la spéculation et est préventive du risque d'escroquerie.

Le commentaire des articles du projet de loi, tel que déposé, précisait à ce sujet : « Le droit belge comportait par le passé une disposition identique à celle de l'article 43, alinéa 1er, laquelle a été abrogée voici quelques années (loi du 13 avril 1995) dans la mesure où sa *ratio legis*, à savoir la prévention de l'agiotage, se trouve aujourd'hui rencontrée par la surveillance désormais assurée du secteur financier en ce qui concerne les émissions publiques. Cette observation valant incontestablement également pour le droit luxembourgeois, il n'existe donc aucune raison de maintenir une disposition faisant obstacle à la cession d'actions futures. Par l'effet de cette abrogation, le droit commun gouvernant la vente de choses futures (à savoir l'art. 1130 du Code civil) trouvera également à s'appliquer ici. »

Par conséquent, les membres de la Sous-commission décident de maintenir la suppression du premier alinéa de l'article 43.

Concernant les articles 44, 45 et 46, la CDEB a fait de nouvelles propositions qu'il est proposé d'examiner lors de la prochaine réunion.

2. Divers

Aucun point divers n'a été abordé.

Luxembourg, le 20 novembre 2014

Le secrétaire-administrateur,
Carole Cloener

Le Président,
Franz Fayot