

**Projet de loi**

**sur le dépôt par voie électronique auprès du registre de commerce et des sociétés modifiant**

- **le titre I 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, et**
- **la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.**

-----

**Avis du Conseil d'Etat**

(11 juillet 2008)

Par dépêche en date du 6 avril 2007, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique qui a été élaboré par le ministre de la Justice.

Au texte étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles ainsi qu'un tableau comparatif.

L'avis de la Chambre des métiers fut transmis en date du 18 octobre 2007, celui de la Chambre des notaires en date du 13 février 2008 et celui de la Chambre de commerce en date du 19 février 2008.

**Considérations générales**

La directive 2003/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003 modifiant la directive 68/151/CEE du Conseil en ce qui concerne les obligations de publicité de certaines formes de sociétés oblige le législateur à adapter le texte 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 aux nouvelles dispositions de cette directive.

Cette directive a pour but de faciliter et d'accélérer l'accès des parties intéressées aux informations sur les sociétés et d'en simplifier sensiblement les formalités de publicité imposées à ces dernières. Ainsi, les sociétés doivent avoir le choix de déposer les actes et indications requis sur support papier ou par voie électronique et les parties intéressées doivent pouvoir opérer le même choix pour la consultation et l'obtention de copies.

Le bulletin national désigné pour la publication de ces actes et indications, qui est tenu au Luxembourg par le Registre de commerce et des sociétés, peut être organisé sous format papier ou sous format électronique.

Chaque Etat membre est cependant libre d'organiser cette publicité par des mesures d'effet équivalent.

La directive a encore comme finalité d'améliorer l'accès transfrontalier aux informations sur les sociétés en permettant, en plus de la publicité obligatoire dans l'une des langues autorisées dans les Etats membres où sont établies les sociétés concernées, l'enregistrement volontaire, dans d'autres langues, des actes et indications requis.

La directive prévoit en outre la numérisation de tous les documents déposés à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2007 et, à cet effet, les Etats membres peuvent obliger toutes les sociétés ou certaines catégories d'entre elles à déposer tout ou partie des actes et indications en question par voie électronique. Enfin, tous les actes ou indications déposés sur support papier jusqu'au 31 décembre 2006 doivent être numérisés pour une période qui ne peut être inférieure à dix ans. Un certain délai à discrétion de chaque Etat membre est cependant accordé pour la numérisation de ces documents.

En ce qui concerne les copies des actes et indications, deux régimes sont prescrits. Les copies transmises sur support papier sont certifiées conformes, à moins que le demandeur ne renonce à cette certification, et les copies transmises par voie électronique ne sont certifiées que sur demande expresse du demandeur.

Pour la certification des copies électroniques au moyen d'une signature électronique avancée garantissant l'authenticité de leur origine et l'intégrité de leur contenu, les Etats membres sont obligés de prendre les mesures nécessaires pour satisfaire aux exigences de l'article 2, paragraphe 2 de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, qui sont

- a) être liée uniquement au signataire;
- b) permettre d'identifier le signataire;
- c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif; et
- d) être liée aux données actuelles auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable.

Si le Registre de commerce et des sociétés, d'après les indications des auteurs du projet de loi, a fait depuis l'entrée en vigueur de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés tous les efforts nécessaires pour se mettre à jour de la directive à transposer, la signature électronique pose cependant problème, d'après le libellé de l'article 22.1. Il se pose par conséquent la question de la transposition correcte de la directive.

Les auteurs du projet de loi proposent encore d'autres mesures qui résultent de l'expérience acquise et de la pratique depuis le fonctionnement du Registre de commerce et des sociétés suivant la loi du 19 décembre 2002.

## Examen des articles

### Article 1<sup>er</sup>

L'article 1<sup>er</sup> comporte diverses modifications au niveau du titre I 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.

1) à 3) Sans observation.

4) Le Conseil d'Etat approuve cette proposition qui a pour but de supprimer du registre les personnes qui n'exercent plus de commerce.

5) Les articles 51*bis* et 60*bis*-4 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales prescrivent pour les sociétés anonymes et pour les sociétés européennes que celles-ci soient administrées par un conseil d'administration ou par un directoire, la désignation d'un représentant personne physique chargé de l'exécution de la mission de respectivement administrateur ou membre du directoire si ce mandat est confié à la société. Cette désignation doit par conséquent être concomitante avec la nomination de la personne morale. Le troisième alinéa de ces articles soumet la désignation et la cessation à publicité. Cet ajout à l'article 6 s'impose de par la loi modifiée du 10 août 1915 précitée.

6) Même observation que *sub* 5).

7) à 8) Sans observation.

9) La modification au point 8 et l'ajout du point 13 augmentent l'information concernant les sociétés immatriculées. Le Conseil d'Etat y marque son accord. Le point 12 ne faisant pas l'objet de modification est à supprimer.

10) La modification des deux alinéas de l'article 14 est la suite logique de l'ajout *sub* 13) de l'article 13. Le Conseil d'Etat marque son accord. Concernant l'alinéa 2 du texte coordonné, le Conseil d'Etat fait remarquer qu'il manque une virgule entre les mots "raison sociale" et "tuteurs".

11) Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire concernant les modifications proposées. Il fait cependant remarquer que la dernière phrase est superfétatoire, car le notaire agit en ce cas aussi comme mandataire. Il en propose la suppression.

12) Sans observation.

13) Le texte propose de remplacer le "nom" par la "dénomination" et la "désignation" par la "raison sociale". En plus entend-il supprimer la possibilité de laisser à plusieurs établissements la même dénomination ou

enseigne, si ces établissements sont situés dans des communes différentes. Lors de la rédaction de l'actuel texte, les auteurs avaient admis cette possibilité, car des établissements (notamment du secteur Horeca) utilisent souvent le nom de leur situation dans leur dénomination ou enseigne. Ainsi, il existe dans chaque localité où se trouve une gare, un Hôtel de la Gare, un restaurant de la Gare tout comme un Hôtel du Parc ou un restaurant du Parc ou même un garage du Parc, pour ne citer que ces exemples. Est-ce que ces établissements devront modifier leur dénomination ou enseigne?

Les auteurs maintiennent le contrôle de l'enseigne dans le texte de l'article, mais dans leur commentaire ils indiquent que le contrôle pour les personnes morales ne porte que sur les dénominations et raisons sociales, et non sur l'abrégé ou sur l'enseigne (?).

Si le Conseil d'Etat comprend le souci des auteurs d'éviter toute confusion entre des établissements ayant la même dénomination, raison sociale ou enseigne, il ne saurait cependant admettre qu'on retire sur le tard à des entreprises établies depuis de très longues années une dénomination ou une enseigne sous lesquelles elles sont connues depuis le début de leur existence.

En supprimant le contrôle du nom, les auteurs suppriment indirectement pour les entreprises de personnes physiques tout contrôle sur une possibilité de confusion entre les centaines de Schmit et Muller, pour ne citer que ces noms. Il y a donc une certaine incohérence dans la proposition des auteurs.

Les auteurs vont même dans leur commentaire jusqu'à admettre des dénominations contraires, notamment aux articles 14, 18 et 104 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Jusqu'à présent, seules étaient contrôlées les dénominations des sociétés quant à leur conformité avec les prescriptions de la loi. Ainsi, les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés en commandite par actions ont une raison sociale qui est prescrite par la loi; les sociétés de capitaux ont une dénomination sociale et l'enseigne est souvent ajoutée à cette dénomination à titre de publicité. Le contrôle de la légalité de la dénomination et celui en vue d'empêcher les confusions entre sociétés de capitaux était opéré par le Registre de commerce et des sociétés. En cas de confusion entre enseignes commerciales, la législation sur la concurrence déloyale était applicable.

Le Conseil d'Etat ne voit pas l'utilité de changer ce système qui n'a pas présenté de difficultés depuis l'existence d'un Registre de commerce.

Les commentaires que les auteurs font pour justifier les modifications ne sont pas convaincants et en partie contraires à la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

14) Le texte proposé précise que le fonds de commerce visé par l'article 18 doit avoir appartenu à une personne physique. Le mécanisme de la transmission par succession ne permet pas d'autre hypothèse.

Le texte que les auteurs proposent d'ajouter *in fine* démontre encore plus l'incohérence de la proposition de texte relatif à l'article 16. L'occasion n'est pas mise à profit pour vérifier cette enseigne par rapport à une autre qui pourrait exister afin de mettre fin à une possibilité de confusion.

15) Le texte proposé entend organiser une procédure d'immatriculation de commerçants et de sociétés au Registre de commerce et des sociétés. Le texte proposé n'est pas très clair. D'après le système proposé, le gestionnaire reçoit la demande d'immatriculation et il dispose alors de trois jours ouvrables pour vérifier si le dossier déposé est complet, s'il est exact et s'il est conforme aux dispositions légales. L'énumération de ces trois contrôles est superfétatoire, car la loi doit prescrire tous les documents à produire qui devront être évidemment exacts. Il suffit par conséquent de dire que le contenu du dossier doit être conforme aux prescriptions de la loi. Après ce contrôle, le gestionnaire doit soit immatriculer le commerçant ou la société, soit refuser le dépôt et retourner le dossier au requérant avec la demande de le régulariser.

Il n'est pas indiqué de mêler des règles de procédure à des règles de responsabilité. Le deuxième alinéa doit par conséquent faire l'objet d'un paragraphe à part.

Le Conseil d'Etat estime qu'un délai de 15 jours à partir de l'émission (envoi) de la demande de régularisation est trop court. Il propose un délai de 15 jours ouvrables depuis la réception de cette demande.

Le Conseil d'Etat propose de rédiger l'article 21 à partir du paragraphe 2 de la façon suivante:

"(2) Les dépôts des documents auprès du registre de commerce et des sociétés sont effectués sous la responsabilité du requérant. Le gestionnaire n'est pas responsable du contenu de l'information déposée.

Il dispose d'une mission de contrôle légal sommaire de tous les documents déposés qui porte sur les éléments à inscrire au registre de commerce et des sociétés et il peut, dans ce contexte, refuser toute demande de dépôt.

(3) Aux fins d'immatriculation nouvelle au registre de commerce et des sociétés, les personnes énumérées à l'article 1<sup>er</sup> déposent un dossier contenant les pièces énumérées aux articles 3 à 11.

Le gestionnaire dispose d'un délai de trois jours ouvrables pour contrôler la conformité du dossier avec les prescriptions concernant le requérant.

Si le dossier est conforme, il doit procéder immédiatement à l'immatriculation. Si le dossier n'est pas conforme, il doit le retourner à la fin du délai au requérant en lui demandant de façon détaillée de le

régulariser. Pour des raisons exceptionnelles laissées à l'appréciation discrétionnaire du gestionnaire, le dossier ne doit pas être renvoyé ou renvoyé intégralement.

(3) Aux fins d'inscription de documents dont la loi prescrit ou autorise l'inscription, les personnes immatriculées déposent le document au registre de commerce et des sociétés et le gestionnaire dispose d'un délai de trois jours pour les contrôler quant à leur conformité avec la loi."

Si le document est conforme, il doit procéder immédiatement à son inscription. Si le document n'est pas conforme, il doit le retourner à la fin du délai au requérant en lui demandant de façon détaillée de le régulariser. Pour des raisons exceptionnelles laissées à l'appréciation discrétionnaire du gestionnaire, le document ne doit pas être renvoyé ou renvoyé intégralement.

(4) Le requérant dispose d'un délai de quinze jours ouvrables à compter de la réception de la lettre du gestionnaire pour régulariser le dossier ou le document.

(5) Si le dossier ou le document n'a pas été régularisé dans ce délai, le gestionnaire notifie au requérant un refus d'immatriculation ou d'inscription. Ce refus doit être détaillé et motivé. La décision de refus doit indiquer les voies de recours contre la décision, le délai dans lequel le recours doit être introduit, l'autorité à laquelle il doit être adressé ainsi que la manière dans laquelle il doit être présenté.

(6) Les notifications sont opérées par les soins du gestionnaire du registre de commerce et des sociétés par lettre recommandée avec accusé de réception.

(7) Le requérant peut former un recours contre cette décision de refus devant le magistrat de la chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale pour les commerçants et devant le président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile pour les personnes visées au deuxième alinéa du paragraphe 1<sup>er</sup> dans les huit jours suivant la notification du refus.

L'action est introduite et jugée comme en matière de référé conformément aux articles 934 à 940 du Nouveau Code de procédure civile.

L'assignation et l'acte d'appel sont signifiés respectivement au procureur d'Etat et au procureur général d'Etat.

Le droit d'exercer les recours appartient aussi au Ministère public."

15) Ce point transpose dans ses articles 22.1 et 22.2 les nouveaux articles 3, paragraphe 3 *in fine* et 3*bis*, paragraphe 2 de la directive 2003/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003.

Comme déjà signalé sous les considérations générales, la transposition des dispositions concernant la signature électronique avancée n'est pas conforme au texte de la directive. Contrairement à ce qu'expliquent les auteurs dans leur commentaire du projet relatif à l'article 22.1, le dernier alinéa du nouvel article 3, paragraphe 3 dispose que *"les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que la certification des copies électroniques garantisse à la fois l'authenticité de leur origine et l'intégrité de leur contenu, au moyen au moins d'une signature électronique avancée au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques"*. Devant un renvoi clair et précis à l'article 2, paragraphe 2 de la directive, il ne sert à rien de tergiverser sur l'article 3, paragraphe 3 de la même directive. La signature électronique telle que prévue dans le projet ne correspond pas à celle prescrite par la directive et la certification proposée par les auteurs est celle résultant de l'article 1322-1 du Code civil. A cette disposition, il est ajouté qu'elle doit être créée par un dispositif sécurisé de création de signature que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif avant de renvoyer à un règlement grand-ducal d'exécution.

Le Conseil d'Etat insiste sur son avis que la transposition proposée n'est pas correcte et que le moyen proposé ne permet pas d'authentifier au sens de la directive les copies à l'étranger.

Le troisième alinéa de l'article introduit une restriction au dépôt volontaire de tous les documents visés à l'alinéa premier traduits dans toute langue officielle de la Communauté en ce sens qu'un tel dépôt ne peut se faire que concomitamment au dépôt et à la publication obligatoires prévus à l'article 1<sup>er</sup>. Le Conseil d'Etat ne constate pas la possibilité d'une telle restriction dans la directive et il s'interroge sur la transposition correcte. Il s'étonne cependant que les auteurs n'aient pas fait usage de la possibilité de demander pour ces documents des traductions certifiées par un traducteur admis près la Cour d'appel de Luxembourg.

A la fin de la dernière phrase, les auteurs semblent croire que seules les sociétés font usage de la publication dans une autre langue communautaire que celles qui sont officielles au Luxembourg, puisqu'ils autorisent la société à prouver que le tiers ait eu connaissance de la version qui faisait l'objet de la publication obligatoire. Le Conseil d'Etat propose de remplacer "la société" par "la personne immatriculée".

L'article 22-3 introduit une équivalence entre le dépôt accepté par le gestionnaire et la formalité de l'enregistrement. Le Conseil d'Etat marque son accord avec cette innovation qui va dans le sens de la simplification des démarches administratives.

Il est cependant d'avis que le deuxième alinéa du paragraphe 1<sup>er</sup> est superfétatoire, car le guichet unique présente une facilité mais n'enlève pas la prérogative d'enregistrement à l'Administration de l'enregistrement et des

domaines, comme le prouve d'ailleurs le texte du deuxième alinéa. Il propose par conséquent la suppression de cet alinéa.

De même, la deuxième phrase du troisième alinéa est à supprimer pour être superfétatoire. La première phrase précise clairement que les poursuites se règlent comme en matière d'enregistrement et par conséquent à la diligence du receveur de l'enregistrement et des domaines.

Le paragraphe 3 donne lieu à confusion. Le texte du paragraphe 1<sup>er</sup> précise que la remise ou la transmission au gestionnaire des actes équivaut seulement à la formalité de l'enregistrement s'ils ont été acceptés par le gestionnaire. Cette nuance importante doit se retrouver aussi dans le paragraphe 3. Le Conseil d'Etat propose de reformuler la phrase qui se lira:

"Le dépôt auprès du gestionnaire du registre de commerce et des sociétés confère date certaine au jour du dépôt aux actes, s'ils sont acceptés par lui."

Ce libellé précise que si le document est accepté, il acquiert bien date certaine au jour du dépôt sans possibilité pour le gestionnaire de la retarder au jour du contrôle ou de l'acceptation du document.

Il est à souligner que des actes qui nécessitent une date certaine rapide profiteront certainement d'un passage à l'Administration de l'enregistrement et des domaines, qui leur confèrera en toutes hypothèses la date certaine, alors qu'au guichet unique on encourt toujours le risque d'apprendre trois jours après le dépôt le refus d'acceptation de l'acte et par conséquent un défaut d'enregistrement emportant date certaine.

Le Conseil d'Etat propose encore de supprimer le bout de la deuxième phrase du paragraphe 3 qui donne encore lieu à confusion comme le prouve le commentaire des articles des auteurs, car le dépôt même avec acceptation ne se substitue pas à la relation de l'enregistrement, étant donné que le gestionnaire perçoit uniquement un droit fixe et la date certaine est conférée. Il reste cependant toujours la compétence du receveur de l'Administration de l'enregistrement et des domaines pour d'éventuels autres droits (*cf.* alinéa 2 du paragraphe 2 ci-avant) si l'acte renferme plusieurs dispositions opérant chacune un droit particulier (paragraphe 2 de l'article 57 de la loi du 22 frimaire an VII et ordonnance royale grand-ducale du 31 décembre 1841, article 96).

Le nouveau libellé de l'article 22-4 ne donne pas lieu à observation.

16) Le texte prévoit un règlement grand-ducal d'exécution pour régler notamment les questions relatives au guichet unique et à l'enregistrement et la perception des droits et frais. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à faire sauf pour le point g) dont la première partie est difficilement compréhensible. Ne faudrait-il pas lire "accessibilité à la banque de données" plutôt que "de la banque de données"? Par ailleurs, le mot "auxquels" est à mettre au féminin.

Le Conseil d'Etat ne peut pas accepter que le critère de fixation de la date certaine soit réglé par règlement d'exécution. L'article 22-3, paragraphe 3, tel que proposé par le Conseil d'Etat, dispose que la date certaine est la date du dépôt, si le gestionnaire accepte les actes. En raison de l'importance que peut représenter cette date, elle ne peut varier au gré du pouvoir exécutif.

## Article 2

Cet article comporte deux modifications de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Son libellé ne donne pas lieu à observation.

Finalement, le Conseil d'Etat propose de renvoyer le paragraphe 5 de l'article 21 sous un nouvel article à la fin du texte où les dispositions pénales ont toujours leur place dans les textes législatifs.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 11 juillet 2008.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Alain Meyer