

Projet de loi

relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et

- **portant transposition de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010;**
- **portant modification de:**
 - **la loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif;**
 - **la loi du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés;**
 - **la loi du 15 juin 2004 relative à la société d'investissement en capital à risque (SICAR);**
 - **la loi du 13 juillet 2005 relative aux institutions de retraite professionnelle sous forme de société d'épargne-pension à capital variable (sepcav) et d'association d'épargne-pension (assep);**
 - **la loi du 13 juillet 2005 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle;**
 - **la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier;**
 - **la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme;**
 - **la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier;**
 - **la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales;**
 - **la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises;**
 - **du Code de Commerce;**
 - **la loi du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu;**
 - **la loi du 1er décembre 1936 concernant l'impôt commercial;**
 - **la loi d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934;**
 - **la loi du 16 octobre 1934 sur l'évaluation des biens et valeurs;**
 - **la loi du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée.**

Avis du Conseil d'Etat

(22 mars 2013)

Par dépêche du 28 août 2012, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, a soumis à l'avis du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Finances. Au texte du projet étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, un tableau de concordance entre le projet de loi et la directive 2011/61/UE à transposer, ainsi que les fiches d'évaluation d'impact et financière.

L'avis de la Chambre de commerce est parvenu au Conseil d'Etat par dépêche du 28 février 2013.

Considérations générales

Le principal objectif du projet sous avis est la transposition en droit luxembourgeois de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du

Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010, dite « AIFMD » ou « directive AIFM ». Le Conseil d'Etat reviendra plus amplement sur ce premier aspect du projet.

Le projet sous avis poursuit par ailleurs plusieurs autres objectifs non directement liés à la transposition de la directive AIFM. Ainsi, sera introduit un nouveau type de professionnel du secteur financier (« PSF »), à savoir le dépositaire professionnel d'actifs autres que des instruments financiers.

Une autre innovation notable est la création en droit luxembourgeois d'une société en commandite spéciale sans personnalité juridique, de même que la modernisation du régime des sociétés en commandite simple.

Avant de commenter plus amplement l'objectif principal du projet, à savoir la transposition de la directive AIFM, le Conseil d'Etat tient à faire une observation d'ordre procédural. Il aurait en effet été possible de procéder à la transposition en droit luxembourgeois dès fin 2012. Cependant, cela aurait comporté un risque d'insécurité juridique, alors que la directive 2011/61/UE renvoie sur des points non négligeables en nombre et en substance à la nouvelle technique des actes délégués de la Commission (cf. articles 56 et suivants de la directive). Or, comme la directive ne spécifie pas le type d'acte délégué de ces dispositions dites « de niveau 2 », la sécurité juridique rendait souhaitable d'attendre que lesdits actes délégués soient connus, tant en ce qui concerne leur contenu que leur nature: règlement, directive ou texte *sui generis*. La Commission a finalement choisi de passer par la voie d'un règlement délégué, publié le 19 décembre 2012, de sorte qu'il n'y a pas lieu à transposition des règles de niveau 2. La Commission motive ce choix précisément par le fait qu'il est préférable de créer un régime uniforme dans tous les Etats membres pour des aspects comme le calcul des avoirs sous gestion, la méthode de calcul du levier, la délégation de certaines fonctions des gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs (AIFM) à d'autres opérateurs, la gestion des risques et de la liquidité, les détails concernant les obligations et la responsabilité du dépositaire, les exigences de transparence, et encore d'autres dispositions pour lesquelles la Commission a estimé qu'un régime uniforme dans tous les Etats membres était souhaitable. Se pose ici cependant une question de principe: le projet de loi sous avis ne mentionne pas du tout les dispositions pour lesquelles la directive prévoit le recours à un acte délégué de la Commission. Dès lors, et sans enfreindre le principe qu'un règlement de l'Union européenne ne doit pas faire l'objet d'une transposition en droit national, on doit néanmoins se demander si le projet ne devrait pas indiquer, aux endroits afférents, que les dispositions sont déterminées par acte délégué de la Commission, ceci afin d'assurer aux acteurs nationaux un niveau de sécurité juridique raisonnable, leur indiquant clairement sur quels aspects il convient de se reporter aux actes délégués qu'il est interdit de transposer en la substance. En effet, à la lecture de la directive, on constate que certains articles prévoient pour partie, voire pour le tout, une mise en œuvre par voie d'acte délégué de la Commission. Ainsi, la Commission peut recourir à l'adoption d'un acte délégué dans trente-huit cas au total. Ne pas indiquer aux acteurs dans le texte même de la loi de transposition pour quels points, parfois essentiels, il faut se reporter aux mesures de niveau 2 constitue aux yeux du Conseil d'Etat une lacune équipollente à un manque de transparence manifeste. La question se pose

d'autant plus dans la mesure où des sanctions pénales ou administratives pourraient s'appliquer en l'espèce.

Ce n'est ainsi que depuis la publication des mesures de niveau 2 par voie de règlement délégué qu'il peut être procédé à la transposition de la directive de base.

Quant au fond, on peut relever qu'avec la réglementation des fonds alternatifs, toute l'industrie des fonds européens sera désormais prise en compte par des règles juridiques contraignantes, et que tout fonds d'investissement tombera nécessairement (sous réserve de quelques exceptions dont il sera question dans l'examen des articles) dans l'une des deux catégories, à savoir organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) régis par la loi modifiée du 17 décembre 2010, ou fonds alternatifs, ces derniers constituant la catégorie résiduelle. Seuls les véhicules gérant des patrimoines complètement privés et sans ouverture à des investisseurs extérieurs resteront non réglementés. Les fonds alternatifs échappaient jusqu'ici largement à la réglementation et étaient souvent accusés d'être des instruments spéculatifs à effets néfastes. Or, force est de constater que non seulement la très grande majorité de ce type de fonds sont passés plutôt bien à travers la crise, mais encore que, si un tel fonds produit de mauvaises performances, voire est liquidé, ce n'est pas le public protégé des petits investisseurs qui est touché, mais des acteurs bien avertis conscients des risques qu'ils avaient décidé de prendre.

Néanmoins, il a paru souhaitable tant dans le chef du régulateur européen que des opérateurs actifs dans ce domaine eux-mêmes, soucieux d'obtenir une sorte de label officiel de régularité, de procéder à une réglementation des fonds alternatifs. Ainsi, on lit notamment dans les considérants de la directive: « Les gestionnaires ont une influence largement positive sur les marchés sur lesquels ils sont actifs, mais les difficultés récentes dans le domaine financier ont montré dans quelle mesure les activités des gestionnaires peuvent également répandre des risques dans le système financier ou les amplifier. Ces risques sont difficiles à gérer efficacement dès lors qu'ils ne font pas l'objet de mesures nationales coordonnées. La présente directive vise par conséquent à établir des exigences communes en matière d'agrément et de surveillance des gestionnaires afin d'établir une approche cohérente sur les investisseurs et les marchés de l'Union »¹.

On comprend ainsi que le but est moins de protéger les AIFM eux-mêmes, alors que les opérateurs concernés sont parfaitement conscients des risques qu'ils assument dans leur propre chef, que d'enrayer un éventuel risque systémique et des répercussions sur les marchés, et donc sur d'autres opérateurs et investisseurs plus « faibles », découlant, le cas échéant, des activités déployées et des mouvements de marché causés par les fonds alternatifs.

¹ Considérant 2 de la directive.

Examen des articles

Observations préliminaires

Quant à l'intitulé, au deuxième tiret qui comprend seize sous-tirets, il y lieu d'écrire « - portant modification: » et de répéter à chaque sous-tiret « - de la loi ...; », ceci pour être en accord avec l'onzième sous-tiret « - Code de commerce; ».

L'ensemble du dispositif de la loi en projet ainsi que l'intitulé sont à revoir en ce qui concerne l'ajout de l'adjectif « modifiée » aux lois qui ont déjà subi des modifications.

Chapitre 1^{er} (Articles 1^{er} à 4)

Le chapitre 1^{er} énonce les définitions, l'objet et le champ d'application du texte, de même que l'obligation de détermination d'un gestionnaire.

Quant aux points 12 à 29 relatifs aux abréviations des directives utilisées dans la suite du projet sous examen, il y a lieu de noter que toutes ces directives ont été transposées en droit luxembourgeois. Concernant ces nombreux renvois aux directives européennes, la position de principe du Conseil d'Etat consiste à ce que la loi nationale a pour objet de transposer la directive en droit national et que cet acte de transposition doit être complet. Pour le surplus, il est renvoyé à l'avis du Conseil d'Etat du 27 novembre 2012 concernant le projet de loi sur le secteur des assurances (doc. parl. n° 6456²): « Un renvoi, dans l'acte de transposition, à la directive est, en principe, à proscrire. Dans la mesure où un tel renvoi est censé suppléer l'absence de mesures de transposition en droit national, il est inadmissible. Dans la mesure où le renvoi est destiné à mettre en évidence le lien avec la directive à transposer, à souligner la conformité de la norme nationale avec la directive, ou à situer le champ d'application de la norme nationale par rapport à celui de la directive, le renvoi ne saurait être censuré au motif d'une transposition incorrecte ou incomplète de la directive. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une technique législative sur laquelle le Conseil d'Etat doit exprimer ses réserves. (...) ».

Le Conseil d'Etat est ensuite d'avis que, dans un souci de bonne légistique et de cohérence du texte, il est préférable de libeller le chapitre 1^{er} « Définitions et champ d'application », de limiter ce chapitre aux articles 1^{er} à 3 et de reporter l'article 4 au chapitre 2 qui débutera dès lors avec l'article 4 intitulé « Dispositions relatives aux gestionnaires ».

Les articles 1^{er} à 4 n'appellent pas d'autres observations. Le Conseil d'Etat se bornera d'une manière générale dans le présent avis à des observations succinctes sans paraphraser ni répéter ce qui est amplement exposé soit dans le texte même de la future loi, soit au commentaire des articles. Par ailleurs, s'agissant d'une directive à la fois très précise et très détaillée, les textes de transposition nationaux ne gardent que peu de liberté créative, d'autant plus que les mesures de niveau 2 sont consignées dans un règlement délégué de la Commission, tel qu'exposé ci-avant.

Le Conseil d'Etat tient cependant à attirer l'attention sur les exclusions et dérogations à la réglementation sur les fonds d'investissement alternatifs (FIA/AIF). En effet, il en ressort qu'à côté de la *summa divisio*

qu'il y aura désormais dans l'univers des fonds entre OPCVM et FIA, certains acteurs échapperont néanmoins à la catégorie résiduelle FIA, soit en raison d'une réglementation spécifique (comme par exemple les fonds d'investissement spécialisés ou les véhicules de pension complémentaire), soit en raison de l'« exception de patrimoine privé » mentionnée ci-avant, soit en raison d'une règle *de minimis* par rapport aux avoirs sous gestion, qui allège la réglementation applicable.

Chapitre 2 (Articles 5 (4 selon le Conseil d'Etat) à 10)

Le chapitre 2 régit les gestionnaires de FIA, et notamment les conditions de leur agrément. En effet, une des principales nouveautés dans la réglementation de ce type de fonds est que leurs gestionnaires sont désormais agréés et contrôlés par la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF).

Ces dispositions n'appellent pas d'observation, sauf le renvoi à l'article 8, paragraphe 5 à l'article 21 de la directive 2006/49/CE. Le Conseil d'Etat se réfère à son observation à l'endroit de l'article 1^{er} ci-avant et demande qu'il soit renvoyé à l'acte national de transposition.

Chapitre 3 (Articles 11 à 19)

Il s'agit dans ce chapitre de définir les conditions d'exercice de l'activité de gestionnaire de FIA. Comme pour le chapitre 2, le Conseil d'Etat propose une nouvelle délimitation en ce sens que l'article 19 relatif au dépositaire devrait être logiquement séparé du chapitre 3 et constituer, le cas échéant, un chapitre à part.

Quant au fond, on note que les dispositions en matière de gestion des risques, d'évitement de conflits d'intérêts et de transparence des rémunérations s'inspirent largement des nouvelles règles rendues récemment applicables aux opérateurs financiers en général (cf. par exemple la circulaire CSSF n° 12/552; l'amendement apporté à la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés par la loi du 26 mars 2012, et par le règlement CSSF n° 12-01 subséquent; la circulaire CSSF n° 12/546; ou encore la circulaire CSSF n° 13/559; ou enfin encore d'une manière générale la réglementation MIFID; et on pourrait citer bien d'autres exemples).

Le Conseil d'Etat profite de l'occasion pour mettre en garde, de façon générale et bien au-delà du projet sous avis, contre la tentation d'illusion consistant à être convaincu que le niveau de réglementation qui actuellement couvre, voire envahit les activités financières au sens large est et restera sans faille de nature à éviter dorénavant crises, abus et excès. L'inventivité des opérateurs combinée à l'insatiabilité de certains fera développer des échappatoires, et toute réglementation porte en elle la semence de ses propres échecs et contournements. Le Conseil d'Etat plaide ainsi pour une réglementation raisonnable qui laisse aux acteurs responsables les moyens du développement entrepreneurial profitable à la société dans son ensemble, qui laisse aux investisseurs une part saine de responsabilité propre pour leurs choix, et qui est de nature à cibler et sanctionner efficacement les brebis galeuses et les avides invétérés.

Pour ce qui est des dispositions relatives au dépositaire des actifs d'un FIA (article 19) que le Conseil d'Etat propose donc d'ériger en un chapitre à part, le cas échéant en subdivisant l'article 19 en plusieurs articles distincts afin de faciliter la lisibilité, le Conseil d'Etat relève notamment le principe de la ségrégation des actifs. Ainsi, chaque FIA disposera dans les comptes du dépositaire d'une sorte de patrimoine distinct inconnu, ségrégué des actifs d'autres déposants, tout comme du patrimoine propre du dépositaire. En cas de procédure collective, ou procédure de saisie ou assimilée affectant le dépositaire, les actifs du FIA ne devraient ainsi pas être tangués.

On note également que chaque FIA doit recourir à un seul et unique dépositaire. Inversement, un dépositaire peut néanmoins servir plusieurs clients FIA, alors que le principe de la ségrégation des avoirs décrit ci-avant constitue une protection suffisante pour les FIA déposants. Afin de ne pas porter échec à la règle du dépositaire unique, le sous-dépôt est strictement réglementé par les paragraphes 11 et suivants, qui ne parlent d'ailleurs pas de sous-dépôt, mais qui utilisent la formule plus générale de délégation des fonctions de dépositaire à un ou des tiers.

Chapitres 4 et 5 (Articles 20 à 28)

Ce chapitre traite des informations que le FIA doit fournir tant aux investisseurs qu'au grand public qu'à l'autorité prudentielle.

Il n'appelle pas d'observation, sauf que le Conseil d'Etat propose de réunir ces deux chapitres en un seul, alors qu'ils traitent d'un même ordre de points liés tous à la transparence et à la communication d'informations.

L'intitulé de certains articles, notamment des articles 23 et 24, serait à relibeller afin d'inclure les références figurant actuellement comme intitulé de sections.

Chapitres 6 et 7 (Articles 29 à 45)

Ces deux chapitres traitent respectivement des règles transfrontalières applicables selon que le gestionnaire de FIA est établi au Luxembourg ou dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou dans un pays tiers, et qu'il commercialise, là encore dans les mêmes trois hypothèses, *ratione loci*, des titres de FIA régis par la législation du Luxembourg, d'un autre Etat membre ou d'un pays tiers. Il en résulte une pluralité de constellations possibles, certaines bénéficiant d'un passeport européen ou d'une reconnaissance d'équivalence s'agissant d'un pays tiers, voire d'autres n'en bénéficiant pas.

Les fonds alternatifs comportant par nature un niveau de risque plus élevé que les OPC « grand public », la commercialisation dans le cadre des chapitres 6 et 7 est réservée aux clients investisseurs professionnels au sens des règles MIFID. On peut conclure que le « passeport européen FIA » est plus restrictif que les passeports européens existant dans d'autres domaines.

Néanmoins, le chapitre 8 permet une ouverture aux investisseurs de détail dans les conditions restrictives énoncées audit article. A retenir encore qu'un investisseur professionnel peut toutefois être un particulier, à condition qu'il remplisse les conditions MIFID pour être qualifié comme tel et assumer les risques qui en découlent.

Chapitre 9 (Articles 47 à 57)

Le chapitre 9 traite de la surveillance prudentielle des gestionnaires, selon leur pays d'établissement et d'opération (Luxembourg, autre Etat membre de l'Union européenne, pays tiers), et selon que l'autorité de référence est la CSSF ou une autorité étrangère. Il énonce aussi les pouvoirs de la CSSF en la matière.

Quant à l'article 47, paragraphe 2, le Conseil d'Etat se doit d'exprimer son étonnement, alors qu'il ne conçoit pas dans quel autre intérêt que l'intérêt public la CSSF comme toute autre autorité comparable pourrait être autorisée à exercer ses attributions. Ledit paragraphe est partant à supprimer.

Quant à l'article 50, paragraphe 2, point i), le Conseil d'Etat relève que, même s'il s'agit du texte de la directive à transposer, la disposition manque de précision et qu'on devrait pour le moins préciser que lesdites mesures doivent respecter le cadre légal applicable. Quant au point l), il est superfluetoire, comme le Code d'instruction criminelle et notamment son article 23 s'applique de toute façon. En ce qui concerne le point m), cette délégation par la CSSF de ses pouvoirs à un tiers devra être circonscrite plus précisément.

Quant à l'article 51 relatif aux sanctions administratives, le Conseil d'Etat renvoie à son avis du 31 janvier 2012 relatif au projet de loi modifiant la loi modifiée du 1^{er} août 2007 relative à l'organisation du marché de l'électricité (doc. parl. n° 6316⁴): « Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le type de sanctions administratives prévues à l'article 65 de la loi de 2007 relèvent du domaine pénal et leur application est soumise au principe de légalité des incriminations et des peines. Le Conseil d'Etat se permet d'insister sur la nécessité d'indiquer avec précision les dispositions dont le non-respect est sanctionné. Le Conseil d'Etat relève encore l'éventail très large des sanctions allant du simple avertissement à une amende d'un million d'euros. Il conçoit la difficulté de fixer des critères de gravité des infractions, mais tient à exprimer ses doutes les plus sérieux quant à la conformité d'un tel mécanisme avec le principe de la légalité des peines qui exige également une précision de la peine par rapport au type d'infraction et la proportionnalité entre la peine et la gravité de la violation de la loi ».

La problématique indiquée ci-avant se concrétise encore au niveau du paragraphe 2, dont les points a) et b) prévoient que l'« interdiction limitée dans le temps ou définitive » peut être prononcée. Le Conseil d'Etat, sans préjudice du fait que des dispositions comparables se trouvent déjà dans d'autres textes, propose de répondre aux multiples aspects de la problématique soulevée par les sanctions administratives dans une réflexion plus approfondie. A l'heure actuelle, il propose de définir avec précision pour quelle violation du texte sous avis une telle interdiction peut être prononcée.

Pour ce qui est de l'article 51, paragraphe 2, dernier alinéa relatif au recours juridictionnel, cette disposition est à reprendre sous l'article 52, paragraphe 2 en reformulant ce paragraphe comme suit:

« (2) Les décisions de la CSSF concernant l’octroi, le refus ou le retrait des agréments prévus par la présente loi ainsi que les décisions de la CSSF concernant les sanctions administratives au titre de l’article 51 peuvent être déférées au tribunal administratif, qui statue comme juge du fond. Le recours doit être introduit sous peine de forclusion dans le délai d’un mois à partir de la notification de la décision attaquée. »

En conséquence, l’article 51, paragraphe 2, dernier alinéa est à supprimer.

Chapitres 10 et 11 (Articles 58 et 59)

Le paragraphe 3 de l’article 59 doit être supprimé sous peine d’opposition formelle, dans la mesure où le terme « peines » y figurant peut être lu comme englobant des sanctions administratives, ce qui serait contraire au principe non bis in idem consacré par l’article 4 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, alors que les dispositions concernant les concours réel et idéal d’infractions inscrits au Code pénal s’appliquent de toute manière.

Chapitre 12 (Sections 1 à 12; articles 60 à 208)

Le chapitre 12 regroupe l’ensemble des dispositions portant modification d’une série de lois relevant du secteur financier, de même que du droit des sociétés. Le Conseil d’Etat réitère son observation relative aux lois déjà modifiées pour l’ensemble de cet article.

Plus particulièrement, il s’agit des lois suivantes:

- la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif (articles 60 à 125);
- la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d’investissement spécialisés (articles 126 à 152);
- la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la société d’investissement en capital à risque (SICAR) (articles 153 à 172);
- la loi modifiée du 13 juillet 2005 relative aux institutions de retraite professionnelle sous forme de société d’épargne-pension à capital variable (sepcav) et d’association d’épargne-pension (assep) (articles 173 à 175);
- la loi modifiée du 13 juillet 2005 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (articles 176 et 177);
- la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (articles 178 et 179);
- la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (article 180);
- la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d’une commission de surveillance du secteur financier (article 181);
- la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (articles 182 à 194) (ci-après la « loi de 1915 »);
- 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 (articles 195 à 200);
- le Code de commerce (article 201);
- les lois fiscales (articles 202 à 208).

Les objectifs de ces modifications sont multiples.

Pour ce qui de la loi sur les OPC, il s'agit notamment d'introduire la notion de FIA afin d'entériner la *summa divisio* entre OPC et FIA.

Concernant les lois relatives aux FIS, SICAR, assep/sepcav et institutions de retraite, il convient d'introduire les gestionnaires de FIA en tant qu'acteurs ou délégataires potentiels des fonctions à remplir. Ainsi, on distinguera dorénavant pour ce type de véhicules entre ceux qui continueront à être gérés comme par le passé et ceux ayant confié la gestion de leurs actifs à un gestionnaire de FIA.

Quant à l'article 146 du projet de loi qui modifie l'article 47, paragraphe 5 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux fonds d'investissement spécialisés, il y a lieu d'aligner le libellé sur celui de l'article 168 du projet pour écrire:

« Cette décision est prise, à condition que l'assemblée générale soit composée d'un nombre d'investisseurs représentant la moitié au moins de la valeur de la mise constitutive ou du capital social, à la majorité des deux tiers des voix des investisseurs présents ou représentés. »

Quant à la loi relative au secteur financier, comme déjà relevé dans les considérations générales, le nouvel article 26-1 introduit un nouveau type de PSF, à savoir les dépositaires professionnels d'actifs autres que des instruments financiers.

Il convient ensuite de rendre applicable la loi relative à la lutte contre le blanchiment d'argent et contre le financement du terrorisme aux gestionnaires de FIA, de même que d'entériner la compétence de la CSSF pour ces nouveaux acteurs dans la loi organique de la CSSF.

Les articles 122, 152 et 172 du projet de loi règlent les effets de la période de transition pour respectivement les OPC, les FIS et les SICAR. Ces dispositions appellent les observations suivantes:

Les règles transitoires figurant aux articles 122, 152 et 172 accordent aux OPC, FIS et SICAR qui y sont visés un délai jusqu'au 22 juillet 2014 pour se conformer respectivement aux nouvelles dispositions et à la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les OPC, la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux FIS et la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la SICAR. La question pourrait se poser, au regard de l'article 58 de la loi en projet, si le gestionnaire doit imposer aux FIA les règles dites « produit » également pendant cette période transitoire ou seulement à l'échéance de celle-ci, que ce gestionnaire ait été agréé en application de la nouvelle loi pendant ou à la fin de cette période. Selon la réponse à donner à cette question, la rédaction des articles 122, 152 et 172 devra éventuellement être adaptée.

L'article 88, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux FIS (introduit par l'article 152 du projet de loi) et l'article 56, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative à la SICAR (introduit par l'article 172 du projet de loi) visent non seulement les gestionnaires agréés au titre du chapitre 2 de la loi en projet, mais aussi ceux

agréés en application du chapitre II de la directive 2011/61/UE. La référence au chapitre II de cette directive 2011/61/UE a été oubliée à l'article 186-1, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les OPC (introduit par l'article 122 du projet de loi). Il convient donc de rajouter à l'article 186-1 précité « ... au titre du chapitre 2 de la loi du XX/XX/XX relative aux gestionnaires de fonds alternatifs ou du chapitre II de la directive 2011/61/UE, ... ». De même, d'un point de vue rédactionnel, à l'article 88, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux FIS, le terme « respectivement » doit être remplacé par « ou ». Ces mêmes observations valent à l'endroit du paragraphe 2 de l'article 186-1, paragraphe 2 de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les OPC et 88, paragraphe 2 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux FIS.

L'énumération des articles 79 à 82 et 84 contenue dans les dernières phrases des paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 186-1 de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les OPC doit être complétée par une référence aux articles 87 et 88 de la loi en projet, alors que ceux-ci se réfèrent, directement pour le premier et indirectement pour le second, à l'article 122 du projet de loi auquel renvoient les articles 79, 80, 81, 82 et 84 précités.

D'un point de vue rédactionnel, à la dernière phrase de l'article 186-1, paragraphe 1^{er} précité, il convient d'écrire « ou à partir du 22 juillet au plus tard ». Au paragraphe 2 de cet article, il y a lieu d'écrire *in fine* « à partir du 22 juillet 2014 au plus tard », la date du 22 juillet 2013 étant erronée. Dans ce paragraphe, la troisième phrase qui commence par « Par dérogation à ce principe » peut être allégée en remplaçant « les OPC soumis à la partie II de la présente loi dont la gestion relève d'un gestionnaire agréé au titre du chapitre 2 de la loi du XX/XX/XX relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs » par « ces OPC de la partie II de la présente loi ».

Au paragraphe 2 de l'article 186-1 de la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les OPC, une référence est faite aux articles 88-2 et 88-6 de cette loi qui sont introduits par l'article 78 de la loi en projet. Ne faudrait-il pas faire référence aux dispositions du chapitre 10*bis* en entier plutôt qu'à ces deux articles, dans la mesure où ce chapitre contient les dispositions applicables aux OPC relevant de la partie II de la loi modifiée du 17 décembre 2010 en vertu du projet de loi?

Finalement, l'article 186-1 de la loi modifiée du 17 décembre 2010, l'article 88 de la loi modifiée du 13 février 2007 relative aux FIS et l'article 56 de la loi modifiée du 15 juin 2004 relative aux SICAR renvoient, dans leurs paragraphes 2 respectifs, à « un gestionnaire externe existant avant le 22 juillet 2013 ». Ne faudrait-il pas prendre comme référence, non l'existence de ce gestionnaire avant le 22 juillet 2013, mais le fait que ce dernier exerce des activités en tant que tel avant cette date?

Section 9 (Articles 182 à 194)

La section 9 mérite de plus amples développements alors qu'elle apporte des modifications non négligeables au droit des sociétés.

Article 182

La renumérotation proposée dans l'article sous rubrique pose problème. L'article 2 comprend actuellement six alinéas. Un alinéa, le dernier, sera supprimé et donc il n'est pas envisageable que l'alinéa 4 actuel devienne un alinéa 6, puisque l'article 2 ne comprendra plus que cinq alinéas. Partant, il faut d'abord préciser que l'alinéa 5 actuel est modifié comme indiqué au second tiret de l'article 182 du projet de loi, puisque l'alinéa 6 est supprimé, et enfin que l'alinéa 4 est déplacé comme dernier alinéa de l'article 2.

L'alinéa 4 de l'article 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 devient le dernier alinéa de cet article 2. L'alinéa 4 actuel dispose que « la prise de participation dans une de ces sociétés ne constituera pas, par elle-même, un acte de commerce ». En déplaçant cette disposition pour qu'elle devienne le dernier alinéa de l'article 2, les termes « ces sociétés » pourront être interprétés comme ne se référant qu'aux sociétés commerciales momentanées, aux sociétés commerciales en participation et aux sociétés en commandite spéciale visées au nouvel alinéa 4. Or, dans la version actuelle, il s'interprète comme faisant référence aux sociétés commerciales, donc à celles énumérées à l'alinéa 1^{er}. Si l'intention des auteurs du projet de loi est de ne pas modifier le sens à donner à cet alinéa, mais d'y englober aussi les sociétés commerciales momentanées, les sociétés commerciales en participation ainsi que les sociétés en commandite spéciale², il conviendra de modifier le nouvel alinéa 5 en ce sens.

Pour ce qui est du changement des termes « associations commerciales momentanées » et « associations commerciales en participation », le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sur l'article 187 du projet de loi.

Article 187

Les auteurs du projet de loi entendent modifier les termes « associations commerciales momentanées » et « associations commerciales en participation » en respectivement « sociétés commerciales momentanées » et « sociétés commerciales en participation » à l'instar de ce qu'a fait le législateur belge, afin de distinguer entre les « sociétés » qui poursuivent un but de lucre et les « associations » qui ne le font pas.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation sur le changement de ces dénominations, alors que dans l'avant-projet Corbiau qui a débouché dans un projet de loi qui deviendra la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, il avait déjà été retenu que les associations en participation et les associations momentanées étaient des sociétés au sens de l'article 1832 du Code civil (avant-projet Corbiau, p. 4, ad article 1^{er}).

Il souhaite cependant attirer l'attention sur les conséquences d'un tel changement pour les associations commerciales momentanées et les associations commerciales en participation actuellement existantes. S'agissant d'une modification qui leur est imposée et dont la nature n'est que purement formelle, le changement de leur désignation juridique doit pouvoir se faire automatiquement et sans frais pour ces associations, du

² Le Conseil d'Etat considère qu'au pluriel il convient d'écrire « sociétés en commandite spéciale » en gardant l'adjectif « spéciale » au singulier.

moins au niveau du Registre de commerce et des sociétés. De même, le changement de dénomination de forme juridique ne doit entraîner aucune formalité pour elles lorsque, par exemple, une telle association commerciale est impliquée dans un marché public ou autre procédure administrative.

Article 188

Article 16 de la loi modifiée du 10 août 1915

Le paragraphe 1^{er} n'appelle pas d'observation. Si la définition de la société en commandite simple ne fait référence qu'aux associés commandités lorsqu'elle renvoie aux parts d'intérêts, il résulte du paragraphe 2 ainsi que des autres dispositions de la loi de 1915 traitant de ce type de sociétés que les associés commandités seront aussi détenteurs de parts d'intérêts, qui auront, par définition, une autre nature que ceux des associés commanditaires, mais qui seront soumis à des règles relatives aux apports, droits financiers et politiques ou cessions et démembrements fixés dans le contrat social ou, par défaut, dans la loi de 1915.

Le Conseil d'Etat relève que les auteurs du projet de loi ont choisi de ne pas modifier la définition de la société en commandite par actions. Contrairement à une société en commandite simple, qui peut n'avoir qu'un associé commanditaire, la société en commandite par actions doit impérativement avoir au moins deux actionnaires commanditaires aux termes de l'article 102 de la loi de 1915.

Selon le paragraphe 2, la réalisation des apports « se fera selon les conditions et formalités prévues au contrat social ». A lire ce texte, il faudra donc d'abord conclure le contrat social pour ensuite permettre les apports, la seconde étape devant se réaliser immédiatement après la première dans le même acte notarié ou sous seing privé ou par la suite au cours de la vie sociale.

Le paragraphe 3 indique que la société en commandite simple « peut émettre des titres de créance ». Le commentaire afférent précise que « les titres d'une société en commandite simple [peuvent] faire l'objet d'une admission à la cote d'un marché réglementé ou d'un système multilatéral de négociation (...), les titres d'une société en commandite [simple] ne pourront faire l'objet d'une offre au public ». Il ajoute que la notion d'« offre au public » doit être interprétée au regard de la loi applicable dans la juridiction où il est proposé d'offrir ces titres.

Deux cas de figure sont à distinguer: d'une part, les titres de la société, les parts d'intérêts, qui peuvent être attribués aux associés et, d'autre part, ce que le paragraphe 3 appelle les « titres de créance ».

En ce qui concerne les titres de la société, le Conseil d'Etat constate que le commentaire des articles précité, à supposer qu'il fasse référence à ce type de titres, ne porte sur aucune disposition du projet de loi. Nonobstant la précision qu'il comporte, le doute reste donc permis sur une possible cotation de parts d'intérêts d'une société en commandite simple. Ceci d'autant plus qu'une telle société peut émettre des parts d'intérêts aux associés commandités et aux associés commanditaires. Il s'y ajoute que, même en envisageant la possibilité d'une admission à la cote des parts d'intérêts d'associé commanditaire et en interdisant toute offre au public de

ces titres, il paraît quelque peu surprenant de réserver la définition d'« offre au public » à la seule loi où l'offre devrait avoir lieu, dans la mesure où les titres en question sont et restent régis par le droit luxembourgeois. Il convient de faire une application cumulative de la loi luxembourgeoise et celle du pays où l'offre doit être faite.

Pour ce qui est des « titres de créance », se pose la question si le terme a été judicieusement choisi. Ne faudrait-il pas parler de « titre de dette »? Ayant une nature juridique différente de celle des parts d'intérêts, les titres de dette non convertibles pourront faire l'objet d'une admission à la cotation ainsi que d'une offre au public. Le régime des titres convertibles se calquera sur celui des parts d'intérêts de commanditaire dans lesquelles ils sont convertibles.

Le paragraphe 4 permet à un associé commandité d'être aussi un associé commanditaire. D'un point de vue formel, il y a lieu de remplacer « sauf disposition contraire du contrat social » par « sauf stipulation contraire du contrat social », dans la mesure où un contrat ne contient pas des dispositions, ce terme étant réservé aux actes législatifs et réglementaires ainsi qu'aux textes de droit international ou européen, mais des stipulations. Le Conseil d'Etat aurait préféré que la précision contenue dans le commentaire des articles, selon laquelle il faudra de toute façon toujours un associé commandité et un associé commanditaire juridiquement distincts l'un de l'autre, figure expressément au paragraphe 5 du nouvel article 16.

Le paragraphe 5 permet à une société en commandite simple d'être désignée soit par une désignation particulière soit sous une raison sociale.

Si le texte de ce paragraphe n'appelle pas d'observation, le Conseil d'Etat s'étonne que les auteurs du projet de loi n'aient pas jugé utile de modifier l'article 104 de la loi de 1915, qui précise qu'une société en commandite par actions doit être désignée sous une raison sociale à laquelle une dénomination particulière ou la désignation de l'objet de l'entreprise peut être adjointe.

Quant au paragraphe 6, le point (b) doit être modifié comme suit: « une liste de tous les associés, indiquant leurs nom, prénoms, profession et adresse privée ou professionnelle, ou s'il s'agit de personnes morales (...) ».

En ce qui concerne les causes de nullité prévues au paragraphe 7, le Conseil d'Etat constate que l'article 12^{quater}, qui est rendu applicable, contient une référence à l'article 12^{ter}. Le renvoi audit article 12^{ter} ne peut pas être interprété comme rendant celui-ci applicable aux sociétés en commandite simple. D'un point de vue formel, les points 1), 2) et 3) sont à remplacer par une énumération alphabétique. La même observation vaut pour l'article 22-1, paragraphe 8.

Article 17 de la loi modifiée du 10 août 1915

L'article 59 de la loi de 1915 recouvre deux types de responsabilité, l'un pour l'inexécution du mandat social, l'autre pour les infractions à la loi de 1915 et les statuts. Chaque type de responsabilité dispose d'un régime propre.

Il est donc inexact, ou du moins trompeur, d'indiquer à l'alinéa 2 que la responsabilité des gérants qui ne sont pas associés commandités est seulement celle relative à l'exécution du mandat social et que leur responsabilité est régie par l'article 59. De deux choses l'une: soit la première phrase de l'alinéa 2 est maintenue et dans ce cas, la référence à l'article 59 doit être limitée à l'article 59, alinéa 1^{er}; soit la seconde phrase fait référence à l'article 59 en entier, et alors la première phrase doit être supprimée.

Le Conseil d'Etat ne comprend pas pourquoi les gérants visés par l'article 17, alinéa 2 ne pourraient pas être rendus responsables d'une violation de la loi de 1915 ou des statuts. Partant, il insiste à ce que le texte de l'article 192 de la loi de 1915 soit repris à l'article 17, alinéa 2.

L'alinéa 3 envisage la délégation de pouvoirs et ajoute que celle-ci est « sans préjudice de l'article 18 alinéa 6 ». Le Conseil d'Etat demande la suppression de ces termes alors qu'ils n'apportent aucune plus-value normative.

Article 18 de la loi modifiée du 10 août 1915

A l'alinéa 1^{er}, il convient d'écrire « sans que son rang (...) soit affecté du seul fait (...) », puisque la préposition « sans que » n'est pas suivie du mot « ne ».

Le Conseil d'Etat propose de remplacer « l'associé commanditaire » par « il » à l'alinéa 2 et de faire le contraire à l'alinéa qui suit. A l'alinéa 3, les virgules entourant les termes « à l'égard des tiers » peuvent être supprimées, à l'instar de la rédaction de l'alinéa 4.

Il note que, dans les alinéas 3 et 4, il est fait référence à la responsabilité solidaire de l'associé commanditaire, alors que l'alinéa 6 vise une responsabilité indéfinie et solidaire. Une cohérence des termes s'impose. Le Conseil d'Etat préfère une référence à la responsabilité indéfinie et solidaire qui se trouve dans la droite ligne de la définition de la société en commandite simple prévue à l'article 16, alinéa 1^{er}.

L'alinéa 5 énumère les actes de gestion qu'un associé commanditaire peut passer sans encourir la sanction de la responsabilité indéfinie et solidaire. Il se réfère aux « actes de gestion prohibés au titre du présent article ». Il faut viser l'alinéa 2 de l'article 18 ou écrire « ne constituent pas des actes de gestion pour lesquels l'associé commanditaire encourt une responsabilité indéfinie et solidaire à l'égard des tiers ». Le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, la suppression des termes « sans que cette liste ne soit limitative », alors qu'elle entraîne une insécurité juridique sur l'étendue des actes permis à l'associé commanditaire. Il relève en passant que la préposition « sans » n'est pas suivie de « ne ». De même, la référence fourre-tout à « tous autres actes ne pouvant raisonnablement induire un tiers en erreur sur l'étendue de l'engagement de l'associé commandité » ne peut être admise sous peine de priver l'interdiction prévue à l'article 18, alinéa 2 de tout effet et pour cette raison équipollente à une insécurité juridique, le Conseil d'Etat ne peut accorder la dispense du second vote constitutionnel à une telle disposition.

Au dernier alinéa, le Conseil d'Etat propose d'ajouter « employé » et « membre du directoire » à l'énumération qui y figure. Il peut être utile de regrouper les notions de « gérant », « administrateur » et « membre du directoire » dans la catégorie de « membre d'un organe de gestion ».

Article 19 de la loi modifiée du 10 août 1915

L'alinéa 2 du nouvel article 19 dispose que « un associé ne peut être exclu du partage des profits ou affranchi de sa part des pertes que dans les cas expressément prévus au contrat social ». Le Conseil d'Etat rappelle qu'en vertu de l'article 1855 du Code civil, qui peut être considéré comme une disposition d'ordre public³, les clauses léonines sont interdites. Ainsi, un associé d'une société ne peut pas se voir privé de la vocation de participer aux bénéfices, ni d'être dispensé de contribuer aux pertes. La rédaction de l'article 19, alinéa 2 pourrait servir de fondement à l'insertion de clauses léonines dans le contrat social d'une société en commandite simple et heurte ainsi le principe d'ordre public de l'article 1855 du Code civil. Pour cette raison, le Conseil d'Etat doit s'opposer formellement à l'article 19, alinéa 2. Il souligne, d'une part, que le contrat social pourra prévoir différentes classes de parts d'intérêts, chaque classe ayant une vocation au bénéfice ou contribuant aux pertes qui lui est propre à l'instar des droits politiques qui sont régis par l'article 20 et, d'autre part, qu'un associé peut être privé de sa part dans les bénéfices sociaux à titre de clause pénale.

D'un point de vue rédactionnel, au dernier alinéa, le premier mot « dispositions » doit être remplacé par « stipulations ».

Article 20 de la loi modifiée du 10 août 1915

L'article 20 règle la question des droits politiques des associés.

A l'alinéa 1^{er}, les termes « à défaut d'autres dispositions » doit être remplacé par « à défaut de stipulations contraires ».

L'alinéa 2 laisse au contrat social le choix de fixer les décisions qui doivent être prises par les associés et les conditions dans lesquelles ces décisions seront prises et fixe un certain nombre de règles qui s'appliquent en l'absence de stipulations dans le contrat social. Il convient de prévoir explicitement que certaines décisions, comme les modifications au contrat social, en ce compris la liquidation et le déplacement du siège de la société, ainsi que les fusions, scissions et transformations, doivent être approuvées par les associés et fixer les conditions de présence et de majorité requises, du moins par défaut, le contrat social pouvant soit rendre ces conditions plus strictes soit, si la liberté contractuelle est aussi envisagée dans ces matières, en prévoir d'autres.

L'énumération numérique figurant à l'alinéa 2 doit être remplacée par une énumération alphabétique.

D'un point de vue rédactionnel, au point 2. (point b) selon le Conseil d'Etat), il y a lieu de mettre une virgule après « les trois quarts des parts

³ Van Ommeslaghe et Dieux, Les sociétés commerciales, examen de jurisprudence, RCJB 1992, p. 610; Fayot et Panichi, Article 1855 du Code civil: la prohibition des clauses léonines *in* Centenaire du Code civil, Portalis, p. 378.

d'intérêts », afin de souligner que l'assentiment de l'associé commandité est requis quel que soit l'objet de la décision soumise aux associés.

Il résulte, implicitement, du dernier alinéa de l'article 20 que les associés doivent statuer soit dans le cadre d'une assemblée des associés soit par résolution circulaire, sur les comptes annuels de la société en commandite simple. Le Conseil d'Etat aurait souhaité que cette obligation figure expressément dans la loi de 1915. A l'exemple de l'article 70 de la loi de 1915, le dernier alinéa pourra être complété par une nouvelle première phrase qui se lira comme suit:

« Chaque année au moins, les associés statueront sur les comptes annuels par un vote spécial qui devra intervenir à la date fixée dans le contrat social, mais au plus tard dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice. Le contrat social peut prévoir que le premier vote spécial peut avoir lieu dans les dix-huit mois suivant la constitution de la société. »

Article 21 de la loi modifiée du 10 août 1915

Le Conseil d'Etat tient à faire deux observations préliminaires:

D'abord, l'article 21 se réfère au nantissement de parts d'intérêts. Le Conseil d'Etat préfère utiliser le terme de « gage » qui est aussi utilisé dans la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.

Ensuite, cet article vise les démembrements de propriété de parts d'intérêts. D'une part, les règles relatives à un tel démembrement de propriété, notamment au regard des droits respectifs de l'usufruitier et du nu-proprétaire quant à l'exercice des droits de vote et aux droits financiers, devront être précisées dans le contrat social. D'autre part, si un démembrement des parts d'intérêts d'associés commanditaires se conçoit aisément, le Conseil d'Etat est dubitatif quant à la compatibilité d'un tel démembrement lorsqu'il touche les parts d'intérêts d'un associé commandité au regard de l'*intuitu personae*. Il s'y ajoute que le projet de loi envisage l'immatriculation des seuls associés commandités au Registre de commerce et des sociétés⁴, de sorte qu'il est permis de s'interroger sur la nécessité de déposer l'identité du commandité nu-proprétaire ou de l'usufruitier voire même des deux en fonction de l'étendue des droits politiques ou financiers conférés à l'un et à l'autre suivant le contrat social et le contrat de démembrement, ce démembrement pouvant par ailleurs être régi par une loi étrangère suivant les circonstances.

A l'alinéa 1^{er}, dans la première phrase, l'adjectif « nanties » doit être remplacé par « mises en gage » et la seconde phrase doit être modifiée de la manière suivante:

« A défaut de stipulations dans le contrat social, une cession autre qu'une transmission pour cause de mort, un démembrement et un gage d'une part d'intérêts d'associé commanditaire requiert l'agrément du ou des associés commandités. »

En présence de plusieurs associés commandités, il faudra leur accord unanime.

⁴ Voir article 196 du projet de loi. La même observation vaut pour les sociétés en commandite spéciale (voir article 197 du projet de loi).

De même, sous réserve de l'observation préliminaire ci-dessus concernant la mise en gage de parts d'intérêts d'associés commandités, l'alinéa 2 doit être reformulé ainsi:

« Les parts d'intérêts d'associés commandités ne peuvent, à peine de nullité, être cédées, démembrées ou mises en gage qu'en conformité avec les modalités et dans les formes prévues par le contrat social. A défaut de stipulations dans le contrat social, une cession autre qu'une transmission pour cause de mort, un démembrement et un gage d'une part d'intérêts d'associé commandité requiert l'agrément des associés qui statuent comme en matière de modification du contrat social. »

En ce qui concerne l'alinéa 3, une distinction doit être faite entre, d'une part, les cessions et démembrements et, d'autre part, la mise en gage. En effet, les parts d'intérêts d'une société en commandite simple doivent tomber sous la définition d'« instruments financiers » figurant à l'article 1^{er}, point 8) de la loi modifiée du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière et un gage portant sur de telles parts doit suivre les règles de cette loi. Le Conseil d'Etat propose dès lors de ne viser à l'alinéa 3 que les cessions et démembrements des parts d'intérêts.

L'alinéa 4 n'appelle pas d'observation.

Article 22 de la loi modifiée du 10 août 1915

L'article sous rubrique envisage la situation de l'empêchement de l'associé commandité. Il appelle trois observations:

En premier lieu, les situations d'empêchement sont élargies par rapport à l'article 22 actuel. Le Conseil d'Etat aurait préféré que les situations d'empêchement touchant l'associé commandité d'une société en commandite par actions et visées à l'article 112 de la loi de 1915 soient aussi adaptées de la même manière.

En deuxième lieu, en l'absence de stipulations spécifiques figurant dans le contrat social, un administrateur provisoire, nommé judiciairement, fera seul les actes urgents et de simple administration et devra convoquer une réunion des associés dans les meilleurs délais. Suivant l'article 22 actuel, la durée du mandat de l'administrateur provisoire est fixée par décision de justice et ne peut pas excéder un mois. L'article 112 précité exige que les associés soient convoqués dans la quinzaine de la nomination de l'administrateur provisoire. En tout état de cause, que ce soit l'article 22 actuel ou l'article 112, une limitation temporelle est prévue. Le Conseil d'Etat insiste pour qu'une telle limitation soit incluse dans le texte du nouvel article 22 et se déclare dès à présent d'accord avec une solution tirée soit de l'article 22 actuel soit de l'article 112.

En troisième lieu, le texte de l'article 22 peut être modifié en remplaçant « réunion des associés » par « assemblée des associés ». Le Conseil d'Etat note que, dans pareille circonstance, et en l'absence de stipulation dans le contrat social, les associés doivent statuer en assemblée et ne pourront pas se prononcer par résolution circulaire. Si tel ne devait pas avoir été l'intention des auteurs du projet de loi, le Conseil d'Etat propose de remplacer « réunion des associés » ou « assemblée des associés » par

« décision des associés » pour permettre ici aussi la prise de décision des associés par voie circulaire.

D'un point de vue rédactionnel, la deuxième phrase de l'article 22 doit être modifiée pour remplacer le mot « dispositions » par « stipulations ».

Article 22-1 de la loi modifiée du 10 août 1915

Si les dispositions applicables aux sociétés en commandite spéciale sont pour la majeure partie reprises de celles régissant les sociétés en commandite simple, la différence majeure entre ces deux types de sociétés commerciales est que la première ne dispose pas d'une personnalité juridique distincte de celle de ses associés. Néanmoins, du fait de leurs apports à cette société, les associés lui ont affecté une partie de leur patrimoine qui, selon le nouvel article 22-2, répondent exclusivement des droits des créanciers nés à l'occasion de la constitution, du fonctionnement et de la liquidation de la société en question.

Pour le surplus, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 16 de la loi de 1915.

Article 22-2 de la loi modifiée du 10 août 1915

Cet article, qui ne trouve pas de pendant pour la société en commandite simple, est indispensable pour permettre à la société en commandite spéciale, qui est dépourvue d'une personnalité juridique propre, d'être propriétaire des biens qui lui sont apportés ou qu'elle a acquis et de passer les actes juridiques nécessaires à l'accomplissement de son objet social. Ce sera la société qui sera partie à un contrat ou qui procédera à des acquisitions ou qui donnera des sûretés nonobstant son manque de personnalité juridique.

L'article 22-2 n'appelle pas d'observation.

Article 22-3 de la loi modifiée du 10 août 1915

Le Conseil d'Etat souligne que l'ajout « représentée par l'un de ses gérants » apporté au dernier alinéa *in fine* est requis en raison de l'absence de personnalité juridique de la société en commandite spéciale. Néanmoins, ce sera cette société qui sera partie à l'instance, de la même manière qu'elle est partie à des contrats ou propriétaire des biens qui lui sont apportés.

Pour le surplus, le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 17 de la loi de 1915.

Article 22-4 de la loi modifiée du 10 août 1915

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 18 de la loi de 1915.

Article 22-5 de la loi modifiée du 10 août 1915

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 19 de la loi de 1915.

Article 22-6 de la loi modifiée du 10 août 1915

A l'exception du dernier alinéa, les dispositions de l'article 20 de la loi de 1915 concernant l'exercice des droits politiques et la prise de décision par les associés d'une société en commandite simple ont été reprises pour la société en commandite spéciale.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous cet article 20, à l'exception du dernier alinéa de ce dernier, étant entendu que les sociétés en commandite spéciale ne peuvent pas participer à des opérations de fusion, scission, des transferts d'actifs, de branche d'activité et d'universalité ainsi que des transferts du patrimoine professionnel qui sont réservés aux sociétés dotées de la personnalité juridique.

Article 22-7 de la loi modifiée du 10 août 1915

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 21 de la loi de 1915.

Article 22-8 de la loi modifiée du 10 août 1915

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 22 de la loi de 1915.

Article 22-9 de la loi modifiée du 10 août 1915

Sans observation.

Article 189

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations au sujet de l'article 17 de la loi de 1915, modifié conformément à l'article 188 du projet de loi.

Article 190

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations sous l'article 22 de la loi de 1915, modifié par l'article 188 du projet de loi. Le Conseil d'Etat se demande pourquoi l'alinéa 1^{er} de l'article 22 n'a pas été repris à l'article 108 de la loi de 1915.

Article 191

L'article sous rubrique entend modifier l'article 142 de la loi de 1915 relatif à la liquidation des sociétés. L'ajout proposé à l'alinéa 1^{er} de cet article 142 doit être modifié afin de remplacer « dispositions » par « stipulations ».

Le dernier alinéa de l'article 191 du projet de loi dispose que « les articles 1865, 3^o, 4^o et 5^o et 1869 du Code civil ne s'appliquent ni à la société en commandite simple ni à la société en commandite spéciale ». Le Conseil d'Etat s'interroge sur la signification de cet alinéa, non pas quant à son contenu, mais quant à sa place dans la construction normative. S'agissant, en ce qui concerne l'article 191 du projet de loi, d'une disposition modificative qui, une fois la loi entrée en vigueur, s'intégrera dans la loi de 1915, l'alinéa en question ne le sera ni dans cette loi, ni dans

le Code civil et il faudra se référer à la loi à venir, et plus particulièrement à une disposition modificative pour prendre connaissance de l'existence de cette nouvelle disposition. En raison de l'insécurité juridique créée par les auteurs du projet de loi, le Conseil d'Etat demande, sous peine d'opposition formelle, à ce que le dernier alinéa de l'article 191 soit intégré dans la loi de 1915, notamment aux articles relatifs à la société en commandite simple et à la société en commandite spéciale à l'instar de ce qui a été fait pour la société anonyme, et, partant, pour la société en commandite par actions (article 99 de la loi de 1915) et la société à responsabilité limitée (article 180-1 de la loi de 1915). Le Conseil d'Etat note que ces articles 99 et 180-1 ne rendent inapplicables que l'article 1865, 5° et l'article 1869 du Code civil, alors que pour la société en commandite simple et la société en commandite spéciale, ce sont également les points 3° et 4° de l'article 1865 qui ne sont pas rendus applicables.

Article 192

Sans observation.

Article 193

Le Conseil d'Etat note que l'article sous examen, qui modifie l'article 152 de la loi de 1915, fait référence aux associés « ayant une responsabilité illimitée », alors que dans les modifications de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés (...), les termes « associés solidaires » sont utilisés. Une cohérence des termes est nécessaire et il convient de profiter de l'occasion pour harmoniser ces termes. Le Conseil d'Etat exprime ses doutes sur la pertinence de l'utilisation du terme « associés solidaires » alors qu'il ne reflète pas nécessairement le fait que sont visés les associés indéfiniment et solidairement responsables des engagements sociaux.

Article 194

L'article sous avis vise à ajouter à l'article 157 de la loi de 1915, et plus particulièrement au cinquième tiret, une référence à la société en commandite simple et à l'alinéa 2 de l'article 12^{ter} de la loi de 1915.

En ce qui concerne l'ajout d'une référence à la société en commandite simple, le Conseil d'Etat doit s'y opposer formellement en raison d'une incohérence des textes nuisant à la sécurité juridique. En effet, la nullité de la constitution d'une société en commandite simple n'est pas régie par l'article 12^{ter}, mais par le nouvel article 16, paragraphe 7 de la loi de 1915. Il y a dès lors un conflit entre deux dispositions de la même loi. En outre, rien n'est prévu en ce qui concerne l'action en nullité de la constitution d'une société en commandite spéciale prévue au nouvel article 22-1, paragraphe 8 de la loi de 1915. Le Conseil d'Etat propose d'insérer un tiret supplémentaire à l'article 157 de la loi de 1915 qui se lira comme suit:

« - toutes actions en nullité d'une société en commandite simple ou d'une société en commandite spéciale fondées respectivement sur l'article 16, paragraphe 7 ou sur l'article 22-1, paragraphe 8, à partir de la publication, lorsque le contrat a reçu son exécution pendant cinq ans au moins, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient dus; ».

L'ajout de la référence à l'article 12^{ter}, alinéa 2 pose lui aussi problème en ce que l'article 157 a trait aux actions en nullité, alors que l'article 12^{ter}, alinéa 2 ne constitue pas une action en nullité, c'est-à-dire une nullité devant être sanctionnée judiciairement, mais rend non écrites, donc inopposables, des clauses statutaires contraires à l'article 1855 du Code civil (voir observations du Conseil d'Etat à l'endroit des articles 19 et 22-5 de la loi de 1915) ou à une règle impérative, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. L'ajout projeté est donc inexact et doit être supprimé.

Section 10 (Articles 195 à 200)

Article 195

Sans observation, sauf à supprimer le terme « existant » pour ne se référer qu'au point 13.

Article 196

Il y a lieu de supprimer le terme « existants » et ajouter après « renumérotés » l'adverbe « respectivement ».

Dans la mesure où l'article 197 du projet de loi va introduire un nouvel article 11^{bis} dans la loi modifiée du 19 décembre 2002 précitée consacrée à la société en commandite spéciale, se pose la question s'il ne faut pas préciser dans la phrase introductive de l'article 6 que celui-ci concerne « toute société commerciale dotée de la personnalité juridique ».

Article 197

L'article sous examen oblige les sociétés en commandite spéciale à s'immatriculer au Registre de commerce et des sociétés et introduit à cet effet un nouvel article 11^{bis} dans la loi modifiée du 19 décembre 2002.

Le Conseil d'Etat propose d'insérer le nouvel article comme article 6^{bis}, à la suite des autres sociétés commerciales. En outre, au point 3°, il est précisé que l'immatriculation indique « la date à laquelle la société en commandite spéciale doit commencer ». Il aurait été plus judicieux d'écrire « la date de la constitution de la société en commandite spéciale » et au point 4° de remplacer les termes « associés solidaires » par « associés commandités », puisque cette notion est aussi celle utilisée aux articles 22-1 et suivants de la loi de 1915.

Article 198

Sans observation.

Article 199

L'article sous rubrique introduit une clarification bienvenue concernant l'interaction de l'article 109 de la loi de 1915 et l'article 69 de la loi du 19 décembre 2002. En effet, si une société en commandite par actions nommait, soit parce qu'elle y était obligée soit parce qu'elle le souhaitait, un ou plusieurs réviseurs d'entreprises agréés, devrait-elle toujours disposer d'un conseil de surveillance? La pratique était divisée sur ce point, même si la nomination d'un tel réviseur ne dispensait pas la société de nommer des

membres d'un conseil de surveillance, dans la mesure où les pouvoirs des réviseurs d'entreprises agréés ne coïncidaient pas nécessairement avec ceux conférés aux commissaires, notamment au regard de l'autorisation que ces derniers devaient donner au gérant d'une société en commandite par actions pour les actes sortant de ses pouvoirs.

Afin de clore toute discussion, les auteurs du projet de loi ont choisi de permettre à une société en commandite par actions de maintenir un conseil de surveillance nonobstant la désignation d'un réviseur d'entreprises agréé. Ce choix trouve l'accord du Conseil d'Etat, mais la rédaction de l'article 199 doit être modifiée.

En premier lieu, le chiffre « (3) » est à supprimer, alors que la lecture de l'article sous examen laisse penser qu'il s'agit d'introduire un nouveau paragraphe 3 et non de le compléter.

En second lieu, il n'est pas logique de lire dans la première phrase de l'article 69, paragraphe 3 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 que l'institution des commissaires est supprimée lorsque les comptes annuels sont contrôlés par un réviseur d'entreprises agréé, pour ensuite, après leur suppression, permettre à la société de les ré-instituer si elle le souhaite. En effet, une société ne peut pas procéder à la « résurrection » d'un organe supprimé par effet de la loi. Pour le Conseil d'Etat, il convient de viser tant les sociétés qui doivent faire contrôler leurs comptes annuels par un réviseur d'entreprises agréé conformément à l'article 69, paragraphe 1^{er}, que celles qui, volontairement, font appel à un tel réviseur.

En dernier lieu, l'ajout « les articles 110 et 112 étant alors applicables » sont superfétatoires, dans la mesure où il n'y a guère d'autre choix pour les membres du conseil de surveillance d'une société en commandite par actions d'exercer leur mission autrement que dans le cadre des articles 110 et 112, voire des dispositions statutaires reprenant et, le cas échéant, complétant, ces derniers.

Pour ces raisons, le Conseil d'Etat propose de supprimer au paragraphe 3 actuel de l'article 69 la référence à l'article 109 de la loi de 1915 et d'introduire un nouveau paragraphe *3bis* rédigé ainsi:

« (*3bis*) Une société en commandite par actions, qui fait ou doit faire contrôler ses comptes annuels par un réviseur d'entreprises agréé, est dispensée de l'obligation d'instituer un conseil de surveillance. »

Article 200

Sans observation.

Sections 11 et 12

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 22 mars 2013.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen