

Projet de règlement grand-ducal

modifiant le règlement grand-ducal modifié du 23 janvier 2003 portant exécution de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises

Avis du Conseil d'État

(24 novembre 2015)

Par dépêche du 28 août 2015, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de règlement grand-ducal sous objet, qui a été élaboré par le ministre de la Justice.

Les avis de la Chambre des salariés, de la Chambre des métiers et de la Chambre de commerce ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 29 octobre 2015, 13 novembre 2015 et 23 novembre 2015.

Au texte du projet de règlement grand-ducal proprement dit étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact ainsi que le texte coordonné du règlement grand-ducal modifié du 23 janvier 2003 portant exécution de la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

Les avis de la Chambre des salariés, la Chambre d'agriculture, la Chambre des notaires, du Barreau du Luxembourg, du Barreau de Diekirch, de l'Institut des réviseurs d'entreprises et de l'Ordre des experts-comptables n'ont pas été communiqués au Conseil d'État au jour de l'adoption du présent avis.

Considérations générales

Le projet de règlement grand-ducal sous avis entend mettre en œuvre les dispositions de la loi qui sera issue du projet de loi n° 6777 introduisant la société à responsabilité limitée simplifiée en droit luxembourgeois. Il s'agit plus particulièrement, d'une part, de prévoir les modalités de contrôle par le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés des conditions visées aux nouveaux articles 202-1 et suivants de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et, d'autre part, de fixer les tarifs applicables en cas d'immatriculation ou de changement d'inscription d'une société à responsabilité limitée simplifiée.

Comme indiqué dans son avis de ce jour concernant le projet de loi n° 6777 ayant pour objet d'instituer la société à responsabilité limitée simplifiée et portant modification (...) ¹, le Conseil d'État aurait préféré que,

¹ Projet de loi ayant pour objet d'instituer la société à responsabilité limitée simplifiée et portant modification de l° la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales; et

à l'instar de l'article 21 de loi modifiée du 19 décembre 2002 précitée, les modalités de contrôle que le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés doit effectuer au regard de l'immatriculation d'une société à responsabilité limitée simplifiée soient fixées dans une disposition légale et non dans un règlement grand-ducal.

Le Conseil d'État rappelle encore que, dans son avis précité concernant le projet de loi n° 6777, il a souligné l'insécurité qui pourrait résulter pour la société à responsabilité limitée simplifiée, ainsi que pour les associés et gérant(s) de cette dernière, de la chronologie du contrôle effectué par le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés qui intervient après la constitution de la société en question et de la délivrance de l'autorisation d'établissement.

Observation préliminaire sur le texte en projet

Préambule

Le préambule devra être complété en fonction des avis des chambres professionnelles et organismes professionnels qui auront avisé le projet de règlement grand-ducal sous rubrique au moment de la signature de ce dernier par le Grand-Duc.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} introduit les modifications au règlement grand-ducal précité du 23 janvier 2003.

Point 1)

Le point 1) insère un nouvel article 5 relatif aux formalités de dépôt s'appliquant à la société à responsabilité limitée simplifiée.

Les paragraphes 1^{er} et 2 concernent le numéro d'identification tel que prévu par la loi modifiée du 19 juin 2013 relative à l'identification des personnes physiques, que les associés d'une société à responsabilité limitée simplifiée doivent indiquer au registre de commerce et des sociétés ou, s'ils ne sont pas résidents au Luxembourg, se voient alloué par le registre de commerce et des sociétés.

Le Conseil d'État ne peut pas se déclarer d'accord avec ces deux paragraphes en ce que des obligations identiques n'existent pas pour l'inscription des commerçants, personnes physiques à la section A dudit registre.

Le paragraphe 3 indique que « *le numéro d'identification n'est pas disponible au public mais pourra être communiqué aux administrations de l'État dans les limites de leurs missions légales ou réglementaires* ».

2° 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

Le Conseil d'État demande la suppression de ce paragraphe 3, alors que la confidentialité des données et les modalités de communication du numéro d'identification sont régies par l'article 41 de la loi précitée du 19 juin 2013. Le Conseil d'État renvoie également à son avis du 6 octobre 2015 sur le projet de loi n° 6807 modifiant : 1. la loi modifiée du 19 juin 2013 relative à l'identification des personnes physiques ; 2. la loi électorale modifiée du 18 février 2003 et plus particulièrement à l'opposition formelle qu'il a faite à l'endroit de l'article I, point 15).

Sur base du même raisonnement que celui ayant motivé cette opposition formelle, le Conseil d'État doit indiquer que le paragraphe 3, s'il devait être maintenu, risque d'encourir la sanction de l'article 95 de la Constitution.

Le paragraphe 4 énumère les documents devant être déposés au registre de commerce et des sociétés lors de l'immatriculation d'une société à responsabilité limitée simplifiée. Parmi ces documents figurent au deuxième tiret une déclaration sur l'honneur à signer par les associés fondateurs relative à la libération du montant du capital social et au dernier tiret une déclaration sur l'honneur à signer par les associés fondateurs sur les apports en nature. Au projet de règlement grand-ducal figurent des annexes A et B reprenant les déclarations sur l'honneur précitées.

Le Conseil d'État demande la suppression des annexes A et B, alors que les associés fondateurs doivent être libres de rédiger la déclaration sur l'honneur comme bon leur semble. Les articles 202-1 et suivants ne prévoient, ni le principe, ni les formalités à cet égard, ni encore le renvoi à un règlement grand-ducal. Le règlement grand-ducal en projet risque dès lors d'encourir la sanction d'inapplicabilité de l'article 95 de la Constitution à cet égard.

Par ailleurs, le registre de commerce et des sociétés peut certes proposer aux associés fondateurs des modèles de déclaration sur l'honneur, mais il ne saurait être exigé de ces associés qu'ils se conforment au contenu figurant dans les annexes A et B. En outre, les associés fondateurs doivent pouvoir soumettre leur déclaration sur l'honneur en langue luxembourgeoise, française ou allemande. Le Conseil d'État tient à relever que pour les constitutions de sociétés à responsabilité limitée « ordinaires » ou de sociétés anonymes, les certificats de blocage concernant le montant du capital souscrit sont acceptés par les notaires également en langue anglaise. Il en va de même pour les rapports d'évaluation en cas d'augmentation de capital en nature, que ces rapports émanent de réviseurs d'entreprises agréés ou de l'organe de gestion si un rapport révisoral n'est pas légalement requis. Il serait surprenant que les exigences d'immatriculation soient à cet égard différentes pour une société à responsabilité limitée simplifiée de celles qui existent pour les autres formes de société commerciale.

Le paragraphe 4, alinéa 2, doit être supprimé pour être superfétatoire. En effet, le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés peut mettre à disposition des formulaires types que les associés peuvent - sans obligation - utiliser, même si le règlement grand-ducal ne le prévoit pas.

Le paragraphe 4, alinéa 3, est également à supprimer, dans la mesure où les documents à publier sont énumérés dans la loi précitée du 19 décembre 2002.

Le paragraphe 5 indique les demandes d'immatriculation que le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés peut refuser.

En premier lieu, le Conseil d'État renvoie aux considérations générales du présent avis concernant l'insécurité qu'un tel refus peut engendrer dans le chef de la société à responsabilité limitée simplifiée en question.

En deuxième lieu, le paragraphe 5, alinéa 1^{er}, est contraire à l'article 202-2 de la loi précitée du 10 août 1915 tel qu'introduit par le projet de loi n° 6777. En effet, le paragraphe 5, alinéa 1^{er}, vise les refus fondés sur le fait qu'un des associés d'une société à responsabilité limitée simplifiée est déjà inscrit en tant qu'associé dans une autre société à responsabilité limitée simplifiée. L'article 202-2 précité ne prévoit pas qu'une personne physique ne puisse pas être associée dans plusieurs sociétés à responsabilité limitée simplifiées, mais fait découler d'une telle situation que la personne physique concernée devient caution solidaire des obligations des sociétés à responsabilité limitée simplifiées dans lesquelles il devient, sauf en cas de transmission pour cause de décès, associé après être déjà associé d'une telle société. Le Conseil d'État renvoie encore à son avis de ce jour sur la problématique de la caution solidaire prévue à l'article 202-2 du projet de loi n° 6777. L'alinéa 1^{er} est donc contraire à une disposition légale, une fois que cette dernière sera entrée en vigueur. La sanction de l'article 95 de la Constitution ne fera aucun doute et le gestionnaire du registre de commerce et de sociétés ne pourra jamais fonder un refus d'une demande d'immatriculation ou d'inscription sur base de l'article 5, paragraphe 1^{er}, du règlement grand-ducal en projet.

Le paragraphe 5 n'indique pas quelle preuve il convient de fournir au gestionnaire du registre de commerce et des sociétés pour justifier les transmissions à cause de mort. Le règlement grand-ducal sous avis devra être complété en ce sens, alors que les tiers pourront ainsi éventuellement apprécier si une personne physique est sanctionnée par le cautionnement solidaire que l'article 202-2 dans sa version tel qu'il figure au projet de loi n° 6777 lui impose.

Le site internet du registre de commerce et des sociétés doit être organisé de telle sorte à permettre à un utilisateur de rechercher sur base du nom d'une personne physique, les sociétés à responsabilité limitée simplifiées dans lesquelles cette personne est associée.

En ce qui concerne le paragraphe 5, alinéa 2, les termes « contrôle légal sommaire », doivent être supprimés, alors qu'il s'agit d'une interprétation de l'article 21, paragraphe 2, de la loi précitée du 19 décembre 2002 qui ne se retrouvent pas tels quels dans cette dernière. Par ailleurs, l'alinéa 2, outre qu'il aurait dû être inscrit dans la loi du 19 décembre 2002, mentionne les exigences légales prescrites à peine de nullité. De quelles exigences légales s'agit-il ? Est-ce que l'article 12^{ter} de la loi précitée du 10 août 1915 est visé ? Les articles 202-1 à 202-6 ne prévoient pas de cas de nullité de la société à responsabilité limitée simplifiée, la nullité prévue à

l'article 202-2, paragraphe 1^{er}, alinéa 2, ne s'appliquant pas à la nullité de la société d'après les auteurs du projet de loi n° 6777.

Point 2)

Comme indiqué à propos de l'article 5, paragraphe 3, introduit par le point 1 du règlement grand-ducal en projet, dans son avis du 6 octobre 2015 sur le projet de loi n° 6807, le Conseil d'État s'était formellement opposé, sur le fondement de l'article 11(3) de la Constitution, à ce qu'une disposition réglementaire accorde des accès à des registres contenant des données à caractère personnel.

Le nouvel article 19*bis* tombe exactement sous la situation envisagée dans cet avis. Si le Conseil d'État est suivi en son opposition formelle, le point 2) perd sa base légale et encourt la sanction d'inapplicabilité de l'article 95 de la Constitution.

Point 3)

Le Conseil d'État tient à souligner que, dans le tableau figurant à l'annexe J, les auteurs du projet de règlement grand-ducal pourraient également redresser le taux de la TVA qui y est mentionné. Le taux applicable à la TVA est actuellement de 17 pour cent.

Point 4

Sans observation.

Article 2

Il va de soi que le règlement grand-ducal sous avis devra entrer en vigueur en même temps que le projet de loi n° 6777.

Article 3

Sans observation.

Observations d'ordre légistique

Préambule

Il convient de se référer au deuxième visa à la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales au lieu de la loi en projet ayant pour objet d'instituer la société à responsabilité limitée et portant modification de 1. la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales ; 2. 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 dont la visée est uniquement modificative et qui n'existe dès lors pas à titre autonome dans l'ordonnement juridique.

Article 1^{er}

Point 1)

Le Conseil d'État propose d'omettre au nouvel article 5, paragraphes 4 et 5, les tirets et de les remplacer par des numéros suivis d'un point (1., 2., 3.,...). En effet, l'emploi de tirets ou de signes typographiques analogues est à éviter, en ce qu'il rend la référence aux dispositions qu'ils introduisent malaisée, tout spécialement à la suite d'ajouts ou de suppressions de tirets ou de signes à l'occasion de modifications ultérieures.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 24 novembre 2015.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Viviane Ecker