

Projet de loi

portant prorogation des mesures concernant la tenue des réunions dans les sociétés et dans les autres personnes morales

Avis du Conseil d'État

(5 mai 2020)

Par dépêche du 17 avril 2020, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par la ministre de la Justice.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, ainsi qu'une fiche d'évaluation d'impact.

Les avis de la Chambre des métiers et de la Chambre de commerce ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 21 et 28 avril 2020.

Considérations générales

L'objectif principal du projet de loi qui est soumis au Conseil d'État consiste dans la reprise de la possibilité, introduite par le règlement grand-ducal du 20 mars 2020 portant introduction de mesures concernant la tenue de réunions dans les sociétés et dans les autres personnes morales, de la dématérialisation intégrale de la tenue des réunions des organes sociaux des sociétés. Le dispositif ainsi mis en place est destiné à apporter une réponse aux problèmes auxquels sont confrontées les sociétés au niveau de leur gouvernance en raison du confinement qui a été imposé dans le cadre de l'état de crise déclenché pour enrayer l'expansion du Covid-19. Par voie de conséquence, il est limité dans le temps.

Sans l'intervention du législateur, l'expiration de l'état de crise marquerait le retour à l'application de la législation en vigueur au moment du déclenchement de l'état de crise, en l'occurrence essentiellement la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, laquelle prévoit, en ce qui concerne les assemblées générales et la participation à distance des actionnaires et des associés, ce qui suit :

- la faculté de voter par correspondance, au moyen d'un formulaire dont les mentions sont fixées dans les statuts et qui doit être retourné à la société par la voie postale ou par la voie électronique avant la réunion de l'assemblée générale dans les délais fixés par les statuts (article 450-1, paragraphe 4, et article 710-21, paragraphe 3, de la loi précitée du 10 août 1915) ;
- le droit pour l'actionnaire de voter par lui-même ou par la voie d'un mandat conféré à un tiers ou moyennant un pouvoir donné à la personne

désignée par la société et qui officiera généralement comme président de l'assemblée, ce droit pouvant ici encore être exercé par la voie postale ou électroniquement (article 450-1, paragraphe 3, et article 710-21, paragraphe 2, de la loi précitée du 10 août 1915) ;

- la faculté donnée à l'actionnaire de participer à l'assemblée générale à distance de façon à lui permettre d'exercer complètement ou partiellement ses droits par visioconférence ou par d'autres moyens de télécommunication permettant son identification, ces outils devant satisfaire à des caractéristiques techniques garantissant la participation effective à l'assemblée, dont les délibérations doivent être retransmises de façon continue (article 450-1, paragraphe 3, et article 710-21, paragraphe 2, de la loi précitée du 10 août 1915).

Il convient de noter également que pour les sociétés à responsabilité limitée, l'article 710-17 de la loi précitée du 10 août 1915 prévoit que la tenue d'assemblées générales n'est pas obligatoire quand le nombre des associés n'est pas supérieur à soixante et que, dans ce cas, chaque associé recevra le texte des résolutions ou décisions à prendre expressément formulées et émettra son vote par écrit.

Pour ce qui est du vote par correspondance et du recours à la visioconférence et à d'autres moyens de télécommunication, la loi renvoie aux statuts qui doivent expressément prévoir que la société peut y recourir. En ce qui concerne le droit de l'actionnaire de voter par lui-même ou par mandataire, il ne pourra pas être mis en échec, dans son principe, par les statuts, mais devra être utilisé conformément aux règles des statuts. Par ailleurs, la législation, dont le Conseil d'État vient de rappeler les principaux éléments, n'envisage pas la dématérialisation intégrale de l'organisation des assemblées générales d'actionnaires ou d'associés. Ainsi, la participation à distance aux assemblées générales n'est pas censée remplacer les réunions physiques. C'est sur ces deux points que le règlement grand-ducal précité du 20 mars 2020 et, dans son sillage, les auteurs du projet de loi sous avis rompent de façon radicale avec la législation en vigueur avant l'état de crise en renonçant à l'exigence légale d'une autorisation statutaire et en permettant la dématérialisation complète de l'organisation des assemblées générales.

En ce qui concerne les autres organes des sociétés (conseil d'administration, directoire ou collège de gérance), la loi en vigueur au moment du déclenchement de l'état de crise et les statuts des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée prévoyaient déjà largement la possibilité de délibérer et de voter par visioconférence ou par d'autres moyens de télécommunication permettant l'identification des participants aux réunions ou encore d'adopter des décisions par voie de résolution écrite circulaire. À noter qu'en l'occurrence l'approche du législateur a été légèrement différente de celle adoptée pour les assemblées générales en ce qu'il prévoit, dans certains cas de figure, une autorisation des statuts pour l'utilisation des dispositifs concernés, tandis que, dans d'autres cas, les dispositifs auxquels il peut être recouru sont prévus dans la loi et peuvent venir à s'appliquer directement, sauf disposition contraire des statuts.

Concernant les orientations du dispositif, tel qu'il est désormais proposé à travers le projet de loi sous revue, le Conseil d'État voudrait encore formuler les observations suivantes :

Les auteurs du projet de loi ont repris, dans sa substance, à l'article 1^{er}, le dispositif du règlement grand-ducal précité du 20 mars 2020. L'article 2 est ensuite destiné à cerner le champ d'application du dispositif.

Le recours à la loi s'avère nécessaire pour préserver les effets du règlement grand-ducal précité du 20 mars 2020 qui peuvent se situer en dehors de la période couverte par l'état de crise. Le cas de figure visé est celui où la convocation de l'assemblée générale aura été faite sous l'empire du règlement grand-ducal précité du 20 mars 2020 avant la fin de la période de l'état de crise, tandis que la date de la tenue de l'assemblée générale se situe après le terme de cette période. Comme, conformément à l'article 32, paragraphe 4, alinéa 4, de la Constitution, le règlement cessera ses effets au plus tard à la fin de l'état de crise, le législateur devra prendre le relais pour garantir, entre autres, qu'une assemblée générale entièrement dématérialisée et tenue intégralement à distance est légalement constituée, et pour éviter que les décisions qui seront prises par cette assemblée ne soient contestées. L'assemblée sera en effet soumise au droit applicable au jour de sa tenue et non pas au jour de sa convocation. Comme le Conseil d'État l'a noté, ci-avant, au niveau de ses considérations générales, l'absence d'une intervention du législateur équivaldrait à un retour à la législation applicable avant le déclenchement de l'état de crise avec un risque de voir les décisions prises par une assemblée générale entièrement dématérialisée sanctionnées de nullité.

Les dispositions du règlement grand-ducal précité du 20 mars 2020 ainsi que celles de la loi en projet doivent ensuite être articulées avec les dispositions du droit préexistant qui restent en vigueur, en l'occurrence les dispositions de la loi précitée du 10 août 1915 ou encore de la loi, également touchée par le dispositif, du 24 mai 2011 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires aux assemblées générales des sociétés cotées. En l'occurrence, ces lois ne sont pas directement modifiées, que ce soit à travers le règlement grand-ducal précité du 20 mars 2020 ou encore à travers le projet de loi sous avis, et les dispositifs proposés n'y dérogent de fait que par leur spécialité, c'est-à-dire si les dispositions du droit préexistant sont directement incompatibles avec celles du règlement ou du projet de loi.

Enfin, le Conseil d'État note que l'adoption, pendant la période de crise, d'une loi dans une matière et sur les points visés par un règlement grand-ducal fondé sur l'article 32, paragraphe 4, de la Constitution prive, à partir de l'entrée en vigueur de cette loi, les dispositions réglementaires de leur fondement constitutionnel. Afin de clarifier que les dispositions relatives à la tenue des assemblées générales annuelles figurent dorénavant dans la loi en projet et ne relèvent plus du règlement grand-ducal précité du 20 mars 2020, le Conseil d'État demande à ce que, concomitamment avec l'entrée en vigueur de la loi en projet, le règlement grand-ducal en cause soit formellement abrogé sur les points désormais régis par la loi.

Examen des articles

Article 1^{er}

L'article 1^{er} du projet de loi reprend en ses paragraphes 1^{er} et 2, à la lettre, les deux premiers paragraphes du règlement grand-ducal précité du 20 mars 2020.

Le même choix que celui opéré au niveau du règlement grand-ducal précité du 20 mars 2020 en faveur d'une dématérialisation systématique de la tenue des assemblées générales s'impose pour préserver les effets des convocations qui auront été faites sous l'empire du règlement grand-ducal en question pendant l'état de crise.

Le Conseil d'État note que l'objectif du dispositif du paragraphe 1^{er} doit consister à suppléer à l'absence de mention dans les statuts des sociétés de la possibilité de recourir aux différents instruments permettant de dématérialiser les processus de prise de décision qui sont du ressort des assemblées générales. Ce résultat ne sera pas atteint par l'utilisation de la formulation « nonobstant toute disposition contraire des statuts », formulation qui est de nature à couvrir une situation où les statuts interdiraient formellement le recours à ces instruments. L'objectif premier du dispositif ne pourra dès lors être atteint qu'à travers la possibilité qui est donnée à la société d'« imposer » à ses actionnaires ou associés la tenue d'une assemblée générale sans réunion physique. Le Conseil d'État en est cependant à se demander si, sur ce point, le texte proposé qui, comme le Conseil d'État l'a exposé ci-dessus, doit être articulé avec les dispositions de la loi précitée du 10 août 1915 qui restent en vigueur, ne risque pas d'être interprété comme aboutissant au même résultat que celui obtenu à travers la loi précitée du 10 août 1915 tout court, qui requiert l'inscription de la possibilité, conférée à la société par la loi, de recourir à certains instruments permettant la dématérialisation des assemblées générales, dans le texte des statuts de la société. Pour mieux traduire l'intention des auteurs de projet de loi, il conviendrait dès lors de compléter le texte proposé de la façon suivante :

«(1) Une société peut [...] et imposer à ses actionnaires ou associés et aux autres participants à l'assemblée de participer à l'assemblée et d'exercer leurs droits exclusivement, même si les statuts ne le prévoient pas : [...] »

Après avoir fait la distinction entre la participation à l'assemblée et l'exercice par les actionnaires et les associés de leurs droits, le texte offre ensuite plusieurs canaux pour organiser les processus permettant de prendre les décisions qui sont du ressort des assemblées générales. Plusieurs questions se posent à ce sujet. Est-ce que le choix d'un instrument exclut le recours aux autres instruments ou est-ce que les instruments peuvent être combinés ? Les intentions des auteurs du texte ne sont pas tout à fait claires à ce niveau. Une telle combinaison, et plus particulièrement celle des instruments figurant sous les points 1^o et 3^o, même si elle est de nature à augmenter la complexité des processus, semble cependant parfaitement envisageable. Que faut-il ensuite entendre par « vote à distance par écrit ou sous forme électronique » ? Le Conseil d'État comprend qu'il s'agit en l'occurrence d'un vote qui pourra se faire par Internet via une plate-forme, moyennant un courrier électronique ou via un formulaire papier, ce qui correspondrait, dans ce dernier cas, au vote

par correspondance actuellement prévu par la législation. Pour ce qui est du vote par Internet ou moyennant un courrier électronique, il conviendrait de prévoir, à l'instar de ce qui est le cas de la visioconférence ou des autres moyens de télécommunication auxquels il peut déjà être recouru sous la législation actuellement en place, un minimum de critères encadrant le recours à ces instruments. Il devrait ainsi s'agir d'un instrument permettant l'identification des votants, tel que cela est déjà précisé au point 3°. Le Conseil d'État demande par conséquent que cette condition d'identification figure également au point 1°.

En ce qui concerne l'exercice de leurs droits par les actionnaires ou associés par l'intermédiaire d'un mandataire, le Conseil d'État constate que le dispositif proposé oblige l'actionnaire, qui veut se faire représenter, à recourir à un mandataire désigné par la société. Il est fait exception à cette règle pour les actionnaires d'une société cotée en bourse qui peuvent continuer à mandater un tiers qui devra toutefois se soumettre aux mêmes règles de participation à distance que les autres actionnaires. Les auteurs du projet de loi ne donnent aucune explication quant à cette reprise par la loi en projet de cette règle du règlement grand-ducal précité du 20 mars 2020, fondée sur une différenciation entre les sociétés cotées et les autres sociétés, alors qu'elle contrevient au droit, en principe reconnu à tout actionnaire ou porteur d'obligation, de désigner librement un mandataire (articles 450-1, paragraphe 3, et 470-12, alinéa 1^{er} de la loi précitée du 10 août 1915). Mise à part la question de l'opportunité du maintien dans la loi en projet de cette règle conçue dans le cadre de l'état de crise, le Conseil d'État estime qu'il est indiqué de distinguer en l'occurrence entre le droit dont dispose, aux termes des dispositions de la loi précitée du 10 août 1915 que le Conseil d'État vient de rappeler, l'actionnaire de voter par lui-même ou par la voie d'un mandataire, et les instruments que le texte donne à la société pour organiser ses assemblées générales.

Le Conseil d'État propose dès lors de réserver à la question de la représentation de l'actionnaire un volet à part et de regrouper les dispositions y afférentes. Par voie de conséquence, il s'agit de supprimer le point 2°, en veillant à renuméroter le point 3° et insérer le terme « ou » à la fin du point 1°, et, de rédiger ensuite l'alinéa 2 comme suit :

« L'actionnaire ou l'associé ou tout autre participant peut également participer à l'assemblée générale et exercer ses droits par l'intermédiaire d'un mandataire désigné par la société.

Au cas où un actionnaire ou associé ou autre participant aurait désigné un mandataire autre que celui visé à l'alinéa précédent conformément à l'article 8 de la loi modifiée du 24 mai 2011 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires aux assemblées générales des sociétés cotées, ce mandataire pourra uniquement participer à l'assemblée dans les formes prévues aux points 1° et 2°. »

Le Conseil d'État note enfin que le dispositif, tel que proposé, risque d'affecter profondément le caractère délibératif des organes visés. Tel sera notamment le cas si les actionnaires et les associés en sont réduits à exercer leurs droits à travers un vote à distance par écrit ou sous forme électronique. Le Conseil d'État renvoie à ses observations concernant l'éventuelle combinaison des différents canaux pour la prise de décision prévus par le texte en projet. Aux termes de l'article 461-7 de la loi précitée du 10 août

1915, « [l']assemblée générale entend les rapports des administrateurs, des membres du directoire, selon le cas, ainsi que des commissaires et discute des comptes annuels ». Les actionnaires devant pouvoir discuter les comptes de la société, il faut en déduire le droit pour eux de poser des questions aux administrateurs concernant les comptes, droit qui risque de ne pas pouvoir s'exercer pleinement en l'occurrence. Et même si la société permet aux actionnaires de poser des questions par écrit ou encore organise une assemblée générale « virtuelle » en fin de processus, les actionnaires devront, dans la plupart des cas, exprimer leur vote sans avoir pu exercer leur droit à l'information garanti par l'article 461-7 de la loi précitée du 10 août 1915.

Le paragraphe 2 applique la même logique que celle qui est à la base du paragraphe 1^{er}, aux autres organes de la société. Ainsi, et « nonobstant toute disposition contraire des statuts », les membres des organes d'administration, de gestion ou de surveillance des sociétés visées pourront tenir leurs réunions sans devoir se déplacer. Concernant l'utilisation de la formulation « nonobstant toute disposition contraire des statuts », le Conseil d'État renvoie à ses observations concernant cette même formulation en relation avec les modalités de tenue des assemblées générales des actionnaires ou d'associés. Pour mieux traduire l'intention des auteurs du projet de loi, le Conseil d'État propose de rédiger la disposition comme suit :

« (2) Nonobstant toute disposition contraire des statuts et sans que les statuts doivent en prévoir la possibilité, les autres organes de toute société peuvent tenir leurs réunions sans réunion physique : [...]. »

D'après le commentaire des articles, le paragraphe 3 règle la situation des assemblées qui auraient déjà été convoquées. Cette mesure qui est partiellement reprise de l'article 1^{er}, paragraphe 4, du règlement grand-ducal précité du 20 mars 2020, était destinée, dans ce dernier texte, à permettre aux sociétés qui avaient déjà convoqué leur assemblée générale ordinaire selon les modalités en vigueur avant le déclenchement de l'état de crise, d'ajourner l'assemblée générale et de la reconvoquer selon les nouvelles modalités de participation. La référence, dans ce contexte, à la société ayant déjà convoqué son assemblée et qui prendrait « cette décision », à part le fait qu'elle rend malaisée l'identification de ce qu'est cette décision puisque le texte repris est amputé du texte qui l'introduisait, est rédigée de façon trop générale. Le Conseil d'État propose le texte suivant :

« Toute société ayant convoqué son assemblée générale d'après les modalités applicables avant l'entrée en vigueur du règlement grand-ducal du 20 mars 2020 portant introduction de mesures concernant la tenue de réunions dans les sociétés et dans les autres personnes morales et qui prend la décision de reconvoquer l'assemblée générale selon les modalités définies par la présente loi, devra publier sa décision et [...] ».

Le paragraphe 4 étend le champ d'application de la disposition sous revue, par analogie, à toutes les autres personnes morales. Cette façon de procéder des auteurs du projet de loi est critiquable à plusieurs égards. La disposition devrait énoncer avec précision les personnes morales visées. Il ne peut s'agir que de personnes morales qui se rapprochent de manière suffisante dans leur mode de fonctionnement des sociétés commerciales. Comme le Conseil d'État l'a par ailleurs relevé, les dispositions sous revue doivent être lues en les articulant par rapport au droit préexistant et en les combinant avec

ce droit. Procéder, ici encore, par voie d'analogie, ne saurait dès lors être une voie à envisager. Par voie de conséquence, le Conseil d'État se voit obligé de s'opposer formellement à la disposition sous revue qui est source d'insécurité juridique.

Article 2

L'article 2 limite le champ d'application de la loi en projet en ayant recours à deux paramètres.

D'une part, la loi s'appliquera aux assemblées et réunions convoquées sous l'empire du règlement grand-ducal précité du 20 mars 2020 pendant l'état de crise (alinéa 1^{er}) et, d'autre part, la loi couvrira les assemblées générales annuelles convoquées dans la période prévue par l'article 3 du projet de loi n° 7541 portant prorogation des délais de dépôt et de publication des comptes annuels, des comptes consolidés et des rapports y afférents durant l'état de crise, tel que ce projet de loi a été amendé par la Commission de la justice le 8 avril 2020 (alinéa 2).

Le Conseil d'État avait, dans son avis du 3 avril 2020 sur le projet de loi n° 7541, mis en lumière une incohérence entre, d'une part, l'allongement des délais pour la publication des comptes annuels et, d'autre part, le maintien du délai de six mois après la clôture de l'exercice social pour l'organisation des assemblées générales. En guise de réponse à cette observation, la Commission de la justice a introduit un nouvel article 3 dans le projet de loi n° 7541, article qui est libellé comme suit :

« **Art. 3.** L'assemblée générale annuelle des entreprises visées à l'article 8 du Code de commerce peut être convoquée à une date qui se situe dans une période de neuf mois après la fin de son exercice. »

Le Conseil d'État constate tout d'abord que l'état de crise expirera le 24 juin 2020, à moins qu'une loi ne vienne le lever avant cette date. Cette date ne coïncide pas avec la date limite du 30 juin 2020 figurant dans le règlement grand-ducal pour la tenue de l'assemblée générale ordinaire d'approbation des comptes, de sorte qu'une période se situant entre ces deux dates n'est pas couverte par l'alinéa 1^{er}. Une telle fenêtre risque également de s'ouvrir dans l'hypothèse, plausible, que le projet de loi sous revue entre en vigueur avant la date d'expiration de l'état de crise. Dans ce cas, les assemblées générales convoquées après cette dernière date ne le seront plus conformément au règlement grand-ducal précité du 20 mars 2020, auquel fait référence l'article 2, alinéa 1^{er}, mais bien sur la base de la nouvelle loi, de sorte qu'elles ne seront pas couvertes par la disposition en discussion.

D'un autre côté, la disposition plus générale figurant à l'alinéa 2 devrait, sous réserve des observations du Conseil d'État formulées ci-après, permettre de fermer ces fenêtres. À la limite, le seul dispositif de l'alinéa 2 pourrait suffire pour atteindre le but visé.

Le Conseil d'État note que le renvoi opéré par l'alinéa 2 à l'article 3 du projet de loi n° 7541 et aux seules assemblées générales des sociétés, en excluant ainsi les réunions des organes de direction qui les précéderont, est en opposition avec l'intention des auteurs du projet de loi de permettre une application large des modalités de tenue de réunions à distance, telle qu'elle

s'exprime à travers l'alinéa 1^{er}. Il conviendrait dès lors de reformuler la disposition en question comme suit :

« La présente loi s'applique également à la tenue des assemblées générales et des réunions des autres organes de la société pendant la période prévue à l'article 3 de la loi du [...] portant prorogation des délais de dépôt et de publication des comptes annuels, des comptes consolidés et des rapports y afférents durant l'état de crise. »

Au cas où le Conseil d'État serait suivi dans sa suggestion de supprimer l'alinéa 1^{er}, les auteurs du projet de loi pourraient reprendre la disposition proposée par le Conseil d'État à l'endroit de l'alinéa 2, en omettant évidemment le terme « également ».

Observations d'ordre légistique

Observation générale

Il n'est pas obligatoire de munir les articles d'un intitulé. Un tel procédé peut cependant s'avérer utile pour faciliter une lecture cursive du contenu du dispositif. S'il y est recouru, chaque article du dispositif doit être muni d'un intitulé propre. Il faut encore que l'intitulé soit spécifique pour chaque article et reflète fidèlement et complètement le contenu de l'article.

Article 1^{er}

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, phrase liminaire, il y a lieu de supprimer la virgule après le terme « physique ».

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, point 1^o, il convient d'insérer une virgule après le terme « électronique ».

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, il est signalé que lorsqu'il est renvoyé à un point du dispositif, il convient d'insérer après le numéro dudit point le symbole « ° », pour écrire « au point 2° » et « aux points 1° à 3° ». Par ailleurs, il convient de supprimer, à deux reprises, le terme « ci-dessus », car superfétatoire.

Au paragraphe 3, il y a lieu de supprimer la virgule après le terme « décision » ainsi que le terme « jours » après le terme « ouvrable ».

Au paragraphe 1^{er}, alinéa 4, il convient d'écrire « Le présent paragraphe est applicable [...]. ».

Article 2

La forme abrégée « Art. » et le numéro d'article ne sont pas à souligner. Par ailleurs, le numéro d'article est à faire suivre d'un point.

À l'alinéa 1^{er}, le tiret bas entre les termes « 24 » et « mars » est à omettre.

L'alinéa 3, concernant la mise en vigueur, est à ériger en article 3 nouveau.

Article 3 (selon le Conseil d'État)

Le Conseil d'État propose de conférer à l'article 3 nouveau la teneur suivante :

« Art. 3. Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le jour de sa publication au Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg. »

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 21 votants, le 5 mai 2020.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Agny Durdu