

Mission du notaire en droit luxembourgeois face au capital social des sociétés

Introduction

La notion du capital social

Un des concepts les plus importants dans le droit des sociétés est le concept du capital social. Dans certaines formes de sociétés le rôle du capital social de la société est peu profilé. Il s'agit en principe de formes de sociétés qui ne présentent pas la caractéristique de la responsabilité des associés limitée aux apports faits à la société par rapport aux engagements pris par la société, mais où, à côté des actifs nets faisant partie du patrimoine de la société, tous ou certains associés continuent à rester responsables d'une façon illimitée de tous les engagements de la société. On pense ici surtout aux sociétés de personnes. Par contre, dès que l'on se trouve en face de formes de sociétés, qui, contrairement au principe édicté par l'article 2092 du code civil¹ permet à une personne, en recourant à une telle société, de diviser ses risques dans sa vie professionnelle et de limiter sa responsabilité par rapport aux actes faits par le biais de cette société aux seuls apports faits à cette société, c'est à ce moment que la notion de capital social prend son importance primordiale, et ce surtout dans une optique de protection des tiers créanciers de la société.

Evolution de la notion en droit communautaire

La deuxième directive CEE en matière de droit des sociétés 77/91/CEE a eu pour objet principal d'éditer des règles pour garantir le capital social dans le droit des sociétés de capitaux fonctionnant suivant le principe de la responsabilité limitée des associés à l'apport. Ces principes sont énoncés par les concepts de la réalité, de la consistance et de l'intangibilité du capital social, gage des tiers, créanciers de la société².

¹ prévoyant que le débiteur s'oblige sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir.

² Th. DELVAUX. Le capital social en droit des sociétés, notions et constitution "La constitution de sociétés et la phase de démarrage d'entreprise", Brux., La Chartre 2003 p. 461 n°10.

Le rôle du notaire en général

Le rôle du notaire par rapport à cette notion de capital social est, comme on le verra, important.

La mission principale d'acter les conventions entre parties

Normalement le notaire a comme rôle général de noter ou acter les conventions des parties, de leur donner un caractère authentique et, le cas échéant, de les revêtir de la formule exécutoire, de conserver les conventions et d'en délivrer des expéditions. Ainsi, l'article 1 de la loi sur le notariat telle que modifiée par la loi du 12 novembre 2004 lui fait assumer ce rôle.

Le 1^{er} alinéa de cet article 1 de la loi relative à l'organisation du notariat du 9 décembre 1976, telle que modifiée dernièrement par les lois du 12 novembre 2004 du 17 juillet 2008 et le 13 mars 2009 se lit comme suit :

.. Art. 1er. Les notaires sont les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et des expéditions.

Par rapport à cette activité générale, l'article 22 de cette même loi s'exprime :

.. Art. 22. Lorsque l'acte à recevoir contient des dispositions qui, sans être contraires à une loi pénale, sont néanmoins prohibées par d'autres lois et règlements, il est du devoir du notaire d'en instruire les parties. Pour le cas où celles-ci persévéraient dans leur résolution, il doit faire mention dans l'acte, que dès lors il doit dresser, de l'avertissement qu'il leur a donné ainsi que de leur déclaration. Au cas contraire le notaire peut être rendu responsable du dommage envers les parties intéressées.

A côté de cette activité de noter les conventions des parties dans la forme authentique, le notaire a reçu une mission beaucoup plus large. Le notaire, dans son rôle d'officier public, est institué comme gardien des règles pour contrôler la présence ou l'existence de certaines données requises par la loi. Aussi l'article 3 de la loi notariale précitée telle que modifiée par la loi du 12 novembre 2004 se lit comme suit :

.. Art. 3. (L. 3 avril 1995) Les notaires ont tous les mêmes attributions. Ils exercent leurs fonctions sur l'ensemble du territoire national.

(L. 12 novembre 2004) Ils ne peuvent refuser leur ministère lorsqu'ils en sont requis, sauf qu'ils doivent le refuser dans les cas prévus par les articles 21 et 24 de la présente loi, l'article 5 (3) de la loi

du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme ainsi que dans tous les cas où, en vertu de dispositions légales spéciales, ils ont, avant de prêter leur ministère, une mission de vérification légale de l'existence ou de l'accomplissement de certaines conditions et formalités et qu'ils constatent que ces conditions ou formalités ne sont pas remplies.

C'est surtout en droit des sociétés de capitaux que le notaire est appelé à remplir le rôle de contrôleur public tel que mentionné à l'article 3 précité; le notaire, dans son rôle d'officier public, est institué comme gardien des règles garantissant l'existence, la réalité et la consistance du capital social de la société anonyme. Par suite de cette mission spéciale assignée aux notaires en droit de sociétés, à côté de leur mission générale de donner le caractère authentique aux conventions documentées par leur ministère, il faut souligner que le recours pour la formation d'une société anonyme aux services du notaire est obligatoire. Il ne suffit donc pas pour la formation d'une société anonyme de faire dresser un acte authentique, il faut un acte notarié bien que dans certains autres cas des actes authentiques peuvent être créés sans l'intervention du notaire, comme par exemples les ouvertures de crédit par la BCEE ou certains actes communaux.

On constate encore à la comparaison des articles 3 et 22 de la loi organique définie à l'article 1 de cette même loi sur le notariat que le notaire ne peut refuser son ministère que dans le cas où l'acte à dresser authentiquement contrevient à une disposition pénale.

La mission du notaire par rapport au capital social

Dans sa mission en relation avec le droit des sociétés le notaire remplit en vertu de l'article 3 de la loi sur le notariat un rôle d'officier public appelé à vérifier l'existence de différents éléments requis par la loi par rapport au capital social. Si un de ces éléments est absent, il ne peut pas prêter son ministère pour authentifier l'acte des sociétés même si la prescription n'est pas sanctionnée par une disposition pénale. Il faut ici que les prescriptions légales concernant les apports autres qu'en numéraire ne soient pas sanctionnées par des dispositions pénales en droit luxembourgeois. Ce rôle de contrôle public lui est spécialement dévolu au moment de la constitution de sociétés anonymes et encore lors de la rédaction d'actes notariés constatant des augmentations de capital (et par analogie sociétés en commandite par actions). On peut encore mentionner, à titre d'exemple, la mission de contrôle des prescriptions légales en matière de fusions. Le notaire y est appelé à vérifier la légalité des opérations de fusion et du projet de fusion.

Au cas où il constate qu'un élément requis par la loi est absent le notaire **doit s'abstenir** d'authentifier.

Il y a lieu de relever qu'au Grand Duché de Luxembourg seul le notaire comme officier public, sous sa responsabilité³, vérifie les éléments essentiels pour la formation du capital social d'une société anonyme, sa souscription intégrale et sa libération. Les inscriptions des sociétés au Registre du Commerce et des Sociétés n'ont au Grand Duché de Luxembourg aucune valeur constitutive ni entre parties, ni vis-à-vis des tiers. La formation de la société et la création de la société comme être juridique avec les dispositions du pacte social viennent à exister par l'accord de parties retenues dans le contrat de société rédigé sous seing privé (pour les sociétés de personnes) ou par acte notarié (pour les sociétés de capitaux). C'est au moment de la constitution d'une société anonyme par acte notarié que le contrôle en rapport avec la consistance du capital social par sa souscription intégrale, l'évaluation et l'existence des apports en vue de la libération du capital est opéré par le notaire. Lors de l'inscription au Registre du Commerce et des Sociétés seul un contrôle sommaire des éléments de légalité est opéré, toute la responsabilité par rapport aux éléments de constitution de la société et les éléments de légalité étant assumée par le notaire en sa qualité d'officier public "chargé de vérifier l'existence et l'accomplissement des conditions et formalités légales".

Existence, consistance, intangibilité du capital social pour les sociétés prévoyant une responsabilité limitée des associés aux apports.

La notion de capital social a, comme dit ci-avant, pour objectif de remplacer principalement dans une optique de protection des droits des tiers créanciers, la disparition par rapports aux engagements pris par la société de la responsabilité (solidaire et indéfinie) des associés au delà de leur mise de fonds dans la société.

Afin de garantir que cette notion capital social représente une protection efficace pour les tiers créanciers de la société la loi luxembourgeoise, suite à la deuxième directive en matière du droit des sociétés, a prévu comme le prévoit pour les sociétés anonymes un ensemble de règles tendant à assurer l'existence et la réalité du capital social. La mission du notaire consiste à vérifier l'existence et l'observation de ces règles. En plus il faut rappeler que certaines de ces prescriptions légales devant assurer l'existence la réalité et l'intangibilité du capital social sont encore protégées par des sanctions de droit pénal.

La logique ayant amené le législateur tant communautaire que national à prévoir des règles de protection tenant à assurer l'existence et la réalité du capital social au niveau de la

³ Rappelons que celle-ci est toujours d'ordre quasi-délictuel

société anonyme aurait dû imposer des règles analogues pour toutes les formes de sociétés connaissant à coté de la responsabilité de la société pour ses engagements vis-à-vis des tiers, la responsabilité limitée aux apports des associés pour tous ces engagements. On pense dans ce contexte plus spécialement aux sociétés à responsabilité limitée et encore, forme moins connue, aux sociétés coopératives fonctionnant comme une société anonyme lorsque, dans ce dernier cas, les statuts prévoient d'une façon expresse la responsabilité des associés limitée aux apports faits à des sociétés. Jusqu'à l'heure actuelle le législateur luxembourgeois n'est pas allé dans cette direction principalement pour des raisons de coûts liés au contrôle par un réviseur. Le projet de loi 5730 toutefois entend remédier à cette situation et propose pour les sociétés à responsabilité limitée les mêmes règles de contrôle par rapport à l'existence et la réalité du capital que celles existant pour les sociétés anonymes.

Contrôle notarial de l'existence et de la consistance du capital social au moment de la constitution d'une société anonyme

Le siège de la matière est réglé par les articles 26 à 26 (5) de la loi du 10 août 1915 lesquels ont subi un ensemble de modifications par la loi du 10 juin 2009.

Le contenu du contrôle

Le notaire, en droit luxembourgeois, a pour mission de vérifier l'existence du capital. A ce sujet il contrôlait avant le 10 juin 2009 principalement trois choses, et notamment :

- *si les prescriptions légales sur le capital minimum étaient remplies,*
- *si la souscription du capital social était intégrale,*
- *l'état de libération du capital social et, si au moins un quart du capital social avait été libéré.*

La forme expresse du contrôle

L'article 26 impose, rappelons-le, au notaire instrumentant la vérification de l'existence des conditions retenues dans cet article sous sa responsabilité personnelle. Ce

dernier est encore obligé de constater dans l'acte d'une façon expresse l'accomplissement de ces conditions.

Il y a lieu de relever que la modification intervenue à l'article 26 par la loi du 10 juin 2009 élargit aujourd'hui cette mission de vérification. A côté de la vérification classique des éléments de capital social, de souscription intégrale et de libération, le notaire doit encore vérifier l'existence et les conditions prévues à l'article 26-1 paragraphe (2) concernant les apports en nature. Il doit ainsi vérifier que les apports à faire pour constituer le capital social soient constitués d'éléments susceptibles d'évaluation économique et que ces apports ne soient pas des apports en industrie.

Il doit vérifier encore que les actions ne soient pas émises à une valeur inférieure à leur valeur nominale ou pair comptable.

L'obligation légale de faire constater d'une façon expresse suite à cette mission de contrôle élargie dans l'acte de société, l'existence et l'accomplissement légal des conditions de constitution, peut encore entraîner, au cas où la situation de fait ne correspond pas à la constatation faite par le notaire dans l'acte notarié, les conséquences pénales attachées aux inscriptions en faux.

Dans la pratique l'élargissement de cette mission de contrôle touche le contrôle de l'existence des formalités relatives aux apports autres qu'en numéraire. Par contre l'extension de la mission, le contrôle notarial aux prescriptions de l'article 26-3 et 26-5 ne change pas considérablement la situation par rapport à la pratique notariale dans le passé. Déjà avant 2009 le notaire avait la responsabilité de la qualification juridique des apports et il devait vérifier que les actions ne soient pas émises à montant inférieur à leur valeur nominale ou pair comptable.

Si pour tous ces éléments en droit le notaire est équipé sur le plan juridique pour les apprécier, il n'en est pas de même pour la détermination de la valeur de l'apport, si l'apport est un apport autre qu'en numéraire. C'est dans ce cas que suite à la deuxième directive la loi pour le contrôle des apports autres qu'en numéraire luxembourgeoise fait intervenir un réviseur d'entreprises.

L'article 26-1 décrit d'une façon détaillée l'intervention du réviseur d'entreprises :

Retenons les points essentiels⁴ :

⁴ Extrait revu du cours de droits des sociétés 2008-2009

Apports autres qu'en numéraire faits pour libérer le capital social dans le cadre de l'étude de la formation et libération du capital social par des apports autres qu'un numéraire.

Les apports autres qu'en numéraire sont soumis à la vérification d'un réviseur aux apports. Cette fonction est dévolue aux réviseurs d'entreprises visés par la loi d'audit 2009 en vertu d'un article 26-1 de la loi sur les sociétés commerciales.

Le rapport sur les apports autres qu'en numéraire doit être dressé préalablement à la formation de la société. Il doit porter sur, c'est-à-dire avoir pour objet, la description de chaque apport, la description des méthodes d'évaluation appliquées et une appréciation de ces méthodes. Il doit encore contenir une conclusion.

En principe la responsabilité de dresser le rapport sur la description des apports, la description des méthodes d'évaluation appliquée et la conclusion, repose chez les fondateurs.

Si un tel cas se présentait, le réviseur n'aurait pas l'obligation de répéter dans son rapport la description des apports faits, les méthodes d'évaluation appliquées par les fondateurs et la conclusion à laquelle les fondateurs arrivent, mais son activité se limiterait uniquement à un rapport de contrôle de ces trois missions. Le réviseur devra dans un tel cas incorporer dans, ou annexer, à, son propre rapport de contrôle, le rapport des fondateurs auquel il se réfère.

Dans la pratique luxembourgeoise actuelle toutefois, le rapport qui devrait être dressé par les fondateurs est dressé en fait par le réviseur d'entreprises comme mandataire des fondateurs. Le rapport du réviseur souligne toutefois que la responsabilité de la description des apports et le choix de la méthode d'évaluation appliquée pour évaluer les apports réside chez ses mandants savoir, les fondateurs. Ainsi généralement dans la pratique aucun rapport établi par les fondateurs ou par un tiers n'est annexé au rapport du réviseur aux apports.

Par suite du contrôle qu'il doit ainsi effectuer par rapport au rapport des fondateurs, le réviseur assume toutefois une responsabilité de contrôle par rapport à la description des apports, la description des méthodes d'évaluation adoptées et les conclusions même si les devoirs ont été faits par les fondateurs ou même par un tiers.

Par rapport à la notion d'indépendance du réviseur d'entreprises il est admis dans la pratique luxembourgeoise que le réviseur aux apports peut effectuer en qualité de réviseur

d'entreprises le contrôle des comptes annuels de la société ayant reçu l'apport. L'argument avancé consiste dans l'indépendance du réviseur des comptes annuels vis-à-vis de la société auprès de laquelle il fait le contrôle des comptes annuels. Les conflits d'intérêts restent cependant et de telles situations devraient être évitées. La loi requiert que le rapport contienne une description des apports. Par le concept de description, il faut comprendre une description économique technique et financière ayant pour objectif de permettre de déterminer la valeur des biens à apporter. Une description simplement matérielle des biens à apporter est normalement insuffisante.

Ainsi, en cas d'apport d'une créance, il faut que la description retienne les caractéristiques essentielles de la créance, le montant de la créance, la devise dans laquelle la créance est exprimée si elle est certaine, liquide, exigible, si elle est soumise à des conditions, si elle porte des intérêts, le débiteur de la créance, la solvabilité de ce débiteur, la nature, etc.

Si l'apport autre qu'en numéraire consiste dans un portefeuille de titres, la description contiendra des précisions sur les caractéristiques de l'émetteur des titres apportés, notamment la forme juridique de ce dernier et son siège social, le pourcentage de titres apportés et pour chaque catégorie les données importantes sur les titres, tels par exemple si les titres sont cotés en bourse, s'ils sont grevés de droits de préemption.

Au cas où le bien autre qu'en numéraire consiste en un immeuble, la description comprendra la nature du droit apporté, la nature de l'immeuble et l'usage susceptible d'être fait du bien apporté, sa situation précise, les droits dont il est éventuellement grevé.

Outre la vérification de la description des apports, il faut que le rapport du réviseur décrive ou vérifie la description de la méthode d'évaluation qui a été appliquée.

En principe la ou les méthodes d'évaluations à appliquer devraient être déterminées et décrites par les fondateurs.

Dans ce dernier cas, le réviseur doit vérifier, sous sa responsabilité, si la ou les méthodes d'évaluation appliquées par les fondateurs sont adaptées et appropriées en l'occurrence et si l'évaluation des apports faite par les fondateurs est juste et correcte. La loi s'exprime au pluriel par rapport aux méthodes d'évaluation parce que, dans la majorité des cas, plusieurs méthodes seront appliquées. Le recours à une seule méthode d'évaluation n'est toutefois pas interdit si une seule méthode d'évaluation est adaptée.

Le réviseur doit donc, non seulement vérifier sous sa responsabilité si la description de la ou des méthodes d'évaluation appliquées par les fondateurs et décrite dans leur rapport est correcte mais il doit encore, sous sa responsabilité, faire une appréciation sur la ou les méthodes d'évaluation appliquées par les fondateurs. Lors de l'appréciation de la question de savoir si les méthodes d'évaluation appliquées par les fondateurs sont adaptées en l'affaire, le réviseur d'entreprises examinera également les apports en fonction de l'objet social de la société recevant l'apport et des objectifs à atteindre par cette société.

Si le réviseur n'est pas d'accord avec la ou les méthodes d'évaluation proposées par les fondateurs, il devra appliquer la ou les méthodes d'évaluation qu'il croira les mieux adaptées et retiendra dans son rapport la description de cette ou ces méthodes d'évaluation.

Dans la majorité des cas un rapport sur les méthodes d'évaluation n'est pas dressé par les fondateurs mais par le seul réviseur. Si la ou les méthodes d'évaluations à appliquer sont choisies par le réviseur aux apports, il les choisit sous sa responsabilité. En effet, c'est à ce professionnel du métier qu'il appartient de choisir et d'appliquer la ou les méthodes d'évaluation qu'il croira être la ou les plus adaptées en la matière.

La mission du notaire face aux apports autres qu'en numéraire et au recours obligatoire au réviseur d'entreprises depuis la loi du 10 juin 2009

Nous verrons maintenant les éléments essentiels de l'intervention du réviseur d'entreprises dans le cas d'un apport autre qu'en numéraire. Depuis la loi du 10 juin 2009, comme déjà mentionné, le notaire doit, en tant que contrôleur public, surveiller les prescriptions de l'article 26-1. Il ne devra pas prêter son ministère si les prescriptions légales ne sont pas remplies. L'élargissement de la mission élargie de contrôle ne fait cependant pas porter au notaire une responsabilité concernant les devoirs du réviseur.

Le notaire n'a que pour mission de veiller à ce que les formalités prévues par l'article 26-1 soient remplies.

- *Y a-t-il un apport en nature - un apport autre qu'en numéraire ?*
- *Y a-t-il un rapport établi par un réviseur ?*
- *La personne ayant rédigé le rapport de contrôle, est-elle bien réviseur ?*
- *Le rapport satisfait-il aux prescriptions légales, à savoir contient-il une description des apports, une description des méthodes d'évaluation et une conclusion conforme à la prescription légale.*

Sa responsabilité ne va pas au-delà, le contenu du rapport relevant de la responsabilité du réviseur. Supposons que le rapport satisfasse aux conditions de forme, contienne une conclusion positive conforme à la loi mais ne contienne pas de grave erreurs de fonds. Le notaire n'assumera pas de responsabilité à ce sujet. Ce n'est qu'au cas où le rapport en donnerait aucun sens ou serait complètement incompréhensible que la question de la responsabilité du notaire pourrait se poser, un tel rapport étant susceptible de ne pas être considérée comme rapport.

En vertu de la 2^{ème} directive 77//91/CEE le recours obligatoire à un réviseur d'entreprises en cas d'apports autres qu'en numéraire à une société anonyme étant général, cette solution pour garantir la consistance et la réalité du capital social en cas d'apport en nature faits dans le capital d'une société anonyme était dès lors simple dans son application. Elle devait cependant apparaître au monde des affaires comme trop formaliste et surtout trop

onéreuse par suite du recours systématique au réviseur d'entreprises. Le coût était le premier argument à la base avancé par les entreprises afin de favoriser une réforme de cette solution. Aussi l'objectif de la directive 2006/68/CE dite slim⁵ a-t-il été d'examiner dans quelle mesure des exceptions pouvaient être apportées au contrôle des apports autre qu'en numéraire par un réviseur d'entreprises.

Malgré cette franche volonté de simplification la «montagne devait accoucher d'une souris». En effet au niveau de la formation du capital social par des apports autres qu'en numéraire seules trois exceptions furent retenues dans la directive slim, qui a été finalisée sous la présidence luxembourgeoise, pour donner aux sociétés la possibilité d'attirer des apports autre qu'en numéraire sans obligation d'expertise.

Ainsi les trois exemptions au recours du réviseur d'entreprises suivantes ont été consacrées :

- *une première concernant les apports en nature constituées de valeurs mobilières cotées,*
- *la deuxième des apports en nature ayant déjà fait l'objet d'une évaluation par un expert et,*
- *la troisième portant sur l'apport en nature constitué d'actifs dont la valeur est tirée des comptes légaux.*

Commentaires sur les trois exceptions telles qu'introduites en droit luxembourgeois

Les trois exceptions sont toutes précédées par les mots « Lorsque sur décisions du conseil d'administration ou du directoire ». Il s'agit ici d'une reproduction des mots utilisés, pour les trois exceptions, dans la directive mentionnée ci-avant laquelle indique « lorsque sur décision de l'organe d'administration ou de direction ».

A première vue on peut avoir l'impression que les trois exceptions ne pourraient s'appliquer que du moment où le conseil d'administration ou directoire existe puisqu'une décision de ce dernier doit exister préalablement à l'apport. Or, au moment de la condition, un tel organe de décision n'existe pas encore, la décision de l'apport en nature ne peut en réalité être prise que par les fondateurs. Ainsi la question se pose de savoir si on peut en

⁵ Simple legislation for the Internal Market

conclure que les situations d'exception ne s'appliqueraient qu'au moment d'une augmentation de capital. On notera qu'en droit belge⁶ une telle disposition introductive des trois exceptions n'existe pas dans ces termes et voilà pourquoi la doctrine⁷ et les textes appliquent ces situations d'exceptions également au moment de la constitution. Il y a lieu de noter que le Conseil d'Etat et que la Chambre de Commerce considèrent les situations d'exception comme applicables tant en cas d'augmentation de capital qu'en cas de constitution, puisqu'ils présentent ces exception comme assouplissements des formalités de constitution des sociétés et d'augmentation de capital.

Comme argument pour l'application des situations d'exception créant exemption du rapport du réviseur d'entreprises dès la constitution de la société anonyme, on peut mentionner encore que l'opération d'apport en nature sans rapport du réviseur d'entreprises doit être suivie d'une déclaration comprenant un ensemble d'informations telles que précisées par la loi, laquelle est à rédiger par le conseil d'administration ou le directoire. Il y a donc nécessairement intervention du conseil d'administration ou du directoire même au moment / après la constitution. Mais on pourra toutefois rétorquer que cette déclaration du conseil d'administration ou du directoire est seulement à publier dans le mois de la date effective de l'apport et que légalement elle n'est pas obligée d'exister au moment où l'apport est fait à la société anonyme.

Nous pouvons retenir que les situations d'apports en nature exceptionnelles visées par l'article 26-1 (3) bis, ter et quater dispensant le recours à un rapport de réviseur sont applicables également au moment de la constitution de la société anonyme.

1^{ière} exception

La 1^{ère} situation d'exception concerne l'apport constitué de valeurs mobilières et d'instruments de marché monétaire au sens de la directive 2004/39/CE art. 4, paragraphe 1, 18 et 19 qui sont négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés durant une période de 6 mois précédant la date de l'apport.

Ces valeurs mobilières et/ou instruments de marché monétaire doivent être évalués au prix auquel ils ont été négociés sur ces marchés. Comme ces prix sont normalement variables on prendra le prix moyen pondéré. Les travaux préparatoires précisent que le prix moyen n'est pas une simple moyenne mathématique. Il faut appliquer une pondération en

⁶ Article 444 et ss. Du Code des Sociétés

⁷ Marc Fyon. Séminaire Van Ham & Van Ham du 26 mars 2009

fonction de l'importance des marchés et du volume des opérations sur ces valeurs et instruments. Bien entendu au cas où ils devaient intervenir des circonstances exceptionnelles modifiant sensiblement la valeur de l'élément d'actif le conseil d'administration ou le directoire devra sous sa responsabilité faire une nouvelle évaluation et celle-ci sera soumise à l'obligation du rapport d'un réviseur d'entreprises. Les concepts de « circonstances exceptionnelles » et « modifient sensiblement » sont particulièrement vagues et peu précis.

2^{ème} exception

La deuxième exception visée par l'article 26-1 (3ter) concerne l'apport d'élément d'actif, autre que ceux visés par la première exception, ayant fait l'objet d'une évaluation récente de moins de six mois précédent l'apport, à leur juste valeur par un réviseur d'entreprises suivant les normes d'évaluation généralement reconnues au Luxembourg.

Le texte soulève nombre de questions. Quels sont au juste les éléments d'actif visés par cette exception ? Le texte de point (3 ter) précise « éléments d'actif autres que les valeurs mobilières ou les instruments de marché monétaire visés au paragraphe 3 bis à 3 quarter. La référence à la lettre « a » ainsi que le renvoi au 3(quarter) sont difficilement compréhensibles. Notons que la directive n'exclut que les éléments d'actifs de l'article 1 lequel correspond au (3 bis).

Comment va-t-on procéder si les éléments d'actifs de (3ter) se trouvent intégrés à des éléments d'actifs visés par (3bis) ou encore (3quarter) et que l'évaluation dont référence dans (3ter) a également intégré les valeurs (3bis) et (3quarter) ?

L'exception mentionnée par (3ter) se réfère à une évaluation faite par un réviseur d'entreprises. On note que la directive utilise le concept d'expert indépendant. Les travaux parlementaires luxembourgeois précisent que l'expert indépendant en question « doit être un réviseur d'entreprises pour être en règle avec les exigences déjà posées par l'article 26- (2) de la loi du 10 août 1915 ». Dans l'avis de l'IRE il est souligné qu'il y a deux sortes d'experts, les réviseurs d'entreprises et les réviseurs d'entreprises agréés. Aucune précision n'existe dans la loi afin de nous indiquer qui est visé. Qu'en est-il des rapports ou évaluations établies dans un autre pays de l'Union Européenne par un expert de ce pays ayant une qualification équivalente à celle d'un réviseur d'entreprises au Luxembourg ? L'évaluation peut-elle alors être acceptée ? Il nous semble que oui.

Si le caractère récent de l'évaluation peut être facilement constaté par référence à la date de cette évaluation et la date de l'apport, qui ne peut être éloignée de plus de six mois. Il est évidemment nécessaire de définir le moment de l'apport effectif.

La deuxième condition que la loi impose est celle qui a attiré à l'obligation que l'évaluation soit faite conformément aux principes et normes d'évaluation généralement reconnues au Luxembourg pour le type d'élément d'actif constituant l'apport ». Le contrôle du respect de cette obligation est difficile à effectuer, ces normes n'existant pas suivant l'avis de l'IRE.

Tout comme pour la première exception mentionnée par l'article 26-1 (3 bis) l'évaluation dont question au (3 ter) ne peut être acceptée que si suite à des circonstances exceptionnelles une modification sensible de la valeur des éléments d'actif est intervenue à la date de l'apport. Dans ce cas le conseil d'administration devra faire sous sa responsabilité une nouvelle évaluation et cette évaluation doit faire l'objet d'un rapport du réviseur d'entreprises afin de satisfaire aux prescriptions de l'article 26-1 (1) et (2). A nouveau il y lieu de faire remarquer que les termes utilisés pour décrire les cas dans lesquels une évaluation faite antérieurement ne plus être acceptée sont peu précis.

3^{ème} exception

Le troisième cas d'exception visé par l'article 26-1 (3quarter) concerne le cas où l'élément d'actif faisant objet de l'apport en nature a fait partie de comptes légaux de l'exercice financiers précédents d'une entreprise. Cet élément d'actif doit avoir été tiré d'une façon séparé. Il faut encore que les valeurs tirées pour les éléments d'actif à apporter soient justes c.-à-d.correctes en rapport avec l'opération d'apport. En effet il ne faut pas perdre de vue que les comptes légaux desquels les évaluations sont tirés poursuivent parfois un but autre que celui de retenir impérativement la juste valeur, tel que par exemple des évaluations inférieures par application des règles de prudence. Aussi faut-il que ces comptes légaux aient fait l'objet d'un contrôle légal des comptes annuels des comptes consolidés.

Nous rappelons que les éléments d'actifs visés par l'article 26-1 (3 bis) portant sur valeurs mobilières et instruments des marchés monétaires sont exclus et ne peuvent pas être évalués en application de méthodes d'évaluation se basant sur les éléments des comptes légaux. Cette exclusion ne soulève pas vraiment de problèmes. Par contre tout comme pour les deux situations d'exception pré-mentionnées les termes utilisées sont vagues et peu précis pour déterminer les situations où suite à des circonstances exceptionnelles la valeur des biens à apporter.

La vérification par le notaire des conditions d'exceptions dans lesquels un rapport de réviseur pour un apport en nature n'est pas exigé

Au vu de ce qui précède se pose la question de savoir comment le notaire responsable pour vérifications des conditions prévues à l'article 26-1 peut vérifier si une situation d'exception est donnée dans les conditions spécifiés à l'article 26-1-(3 bis), (3 ter) ou (3 quater).

On répondra à cette question d'abord par une approche de praticien. Etant donné que le notaire n'a généralement pas d'informations pour vérifier si une situation, telle que décrite à l'article 26-1 (3 bis) (3ter) et (3 quater) existe, il nous semble que le notaire devrait exiger d'être mis en possession de la déclaration qui doit obligatoirement être faite par le conseil d'administration ou le directoire contenant les données spécifiées par la loi. En fait celle-ci peut être considérée comme une sorte de substitution au rapport du réviseur d'entreprise.

Il en résultera que le notaire devra attentivement contrôler la déclaration faite par le conseil d'administration ou le directoire pour vérifier si elle satisfait aux prescriptions légales et si elle ne contient pas d'erreur manifeste. La responsabilité du notaire ne pourrait pas aller au-delà, la matière d'évaluation des apports autre qu'en numéraire n'étant pas de son ressort mais celui du conseil d'administration ou du directoire. De même il est du ressort de ces derniers d'apprécier l'existence d'une situation exceptionnelle et de la nécessité de faire établir un rapport du réviseur d'entreprises.

Il faut reconnaître qu'en droit le rapport du conseil d'administration n'a pas besoin d'exister au moment où l'apport est effectué. Il dépendra alors des circonstances de fait.

En bref on peut retenir que la mission du notaire porte sur :

- *la qualification juridique de l'apport (celle du réviseur d'entreprises sur l'identification économique de ce dernier),*
- *L'examen de la nécessité du rapport et de l'accomplissement des conditions formelles ce rapport.*

Le notaire n'est jamais juge de l'évaluation économique.

Nous nous permettons encore de préciser que l'apport en nature peut également être effectué dans le cadre de la réalisation d'une augmentation de capital dans le cadre du capital autorisé conféré au conseil d'administration.

Le notaire devra donc vérifier si le rapport du réviseur correspond aux prescriptions légales. S'il ne satisfait pas aux conditions précitées par la loi ou si la conclusion auquel le réviseur arrive n'est pas concluante ou même négative il ne devra pas prêter son ministère et ne pas dresser d'acte notarié.
