

La « SARL-S » dans les droits néerlandais (nouvelle BV), allemand (UG) et dans la proposition de règlement européen concernant la SPE. L'EIRL française

Plan :

Chapitre I. – Comparaison de la future BV néerlandaise, de la « mini-GmbH » allemande et de la future SPE européenne

Introduction

I. – La constitution

a) La conclusion du contrat de société ; les associés

b) Le capital

c) Divers

II. – Le fonctionnement

a) Le(s) gérant(s)

b) Cession des parts

c) Acquisition de parts propres

d) Droit préférentiel de souscription et capital autorisé

e) Réduction de capital

f) Contrepartie de la flexibilité offerte en matière de capitalisation

g) Obligations

Conclusion

Quelques observations à propos de la proposition formulée par la Chambre de Commerce

Chapitre II. - L'EIRL (entreprise individuelle à responsabilité limitée) française (C. com. fr., art. L526-6 et suiv.)

Introduction

I. – Les caractères de l'EIRL tenant à l'entrepreneur et au patrimoine affecté

a) L'entrepreneur

b) Le patrimoine affecté

II. – Le transfert du patrimoine affecté (comparaison avec le droit luxembourgeois portant sur le transfert de patrimoine professionnel)

III. – La mesure de la limitation de responsabilité offerte par l'EIRL

Conclusion

Chapitre I. – Comparaison de la future BV néerlandaise, de la « mini-GmbH allemande et de la future SPE européenne		
Future BV néerlandaise	« Mini-GmbH » (haftungbeschränkte Unternehmergesellschaft) allemande	La proposition de règlement instituant une SPE (Societas Privata Europaea) européenne
Introduction	Introduction	Introduction
1. – Il s’agit d’une réforme globale du droit de la BV (équivalent de la SARL) néerlandaise destinée à en faire une forme plus flexible que la NV (ou SA), les deux formes ayant été fort proches jusqu’à présent ¹ . Cette réforme devrait entrer en vigueur le 1 ^{er} janvier 2013. Nous	1. – Il s’agit d’une variante de la GmbH (équivalent de la SARL), <i>cf.</i> en droit belge le choix entre la SPRL-starter et la SPRL « simple » et la proposition de la Chambre de Commerce luxembourgeoise pour une SARL-S. Celle-ci a été introduite par la loi MoMig de 2008 (<i>Gesetz zur</i>	1. – In the Commission's Action Plan for company law (2003) ⁶ , the Commission observed that the idea of a Statute for a European company ⁷ , that "would primarily serve the needs of SMEs which are active in more than one Member State" ⁸ , had raised a great deal of interest and

¹ On notera que la BV (*besloten vennootschap* ou « société fermée ») n’a été introduite aux Pays-Bas qu’en 1971 et que, sur le fond, sa réglementation – se trouvant au titre V du livre 2 du Nouveau Code Civil Néerlandais (« NBW », entré en vigueur en 1992 et que l’on peut consulter en ligne sous ce lien : http://wetten.overheid.nl/BWBR0003045/Boek2/geldigheidsdatum_07-01-2011 ; remarquons que le droit néerlandais ne distingue plus entre le droit commercial et le droit civil) – a été jusqu’ici pratiquement identique à celle prévue pour la NV (*naamloze vennootschap* ou « société anonyme »), visée par le titre IV du livre 2 du NBW. Les différences entre les deux types de sociétés furent limitées :

- *obligation* pour la BV de limiter la cessibilité de ses parts, ce qui lui confère un caractère obligatoirement fermé, tandis que la NV a la *faculté* d’insérer dans ses statuts une clause entravant la cessibilité de ses actions (*blokkeringsregeling*) ;
- interdiction pour la BV, contrairement à la NV, d’émettre des actions au porteur aisément cessibles.
- capital minimum de la BV (18.000 €) moins élevé que le capital minimum de la NV (45.000 €).

La raison pour laquelle la BV fut introduite résulta de l’harmonisation par les directives européennes. La première directive (9 mars 1968) permettait aux SARL de ne pas publier leurs comptes annuels. Par conséquent il fut décidé de créer la BV en calquant volontairement sa réglementation sur celle de la NV, ce qui entraîna un grand nombre de transformations de NVs en BVs. La volonté de conserver cette quasi identité de réglementation fut conservée par la suite (ainsi les dispositions de la deuxième directive, relative au capital, lui furent étendues, à l’instar de ce qui s’est passé en Belgique – contrairement au Luxembourg – pour la SPRL), alors que la raison même de la création de la BV avait disparu en 1984 : par l’introduction de la quatrième directive (comptable), la BV a en effet également été obligée de publier ses comptes annuels dans leur intégralité. Sur tout ceci, voy. P. VAN SCHILFGAARDE bewerkt door J. WINTER, *Van de BV en de NV*, Deventer, Kluwer, 2009, § 9.

<p>n'envisageons ci-dessous que les aspects de cette réforme globale qui nous intéressent plus particulièrement dans le cadre du présent colloque.</p>	<p><i>Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen</i>)² et s'inscrit dans le contexte de la concurrence interétatique en Europe au niveau du droit des sociétés (un certain nombre de sociétés allemandes – comme Air Berlin et Alltours AGs – s'étaient en effet transformées en PLCs britanniques à la suite de la jurisprudence de la CJUE – Centros, Inspire Art, Überseering etc. – en matière de liberté d'établissement). La loi MoMig entend faire face à ce contexte concurrentiel en procédant à deux réformes essentielles :</p> <p>1. elle permet à une GmbH de transférer son siège réel (administration centrale) en dehors du territoire allemand sans solution de continuité. En d'autres termes : les sièges réel et statutaire peuvent désormais diverger³;</p>	<p>had met with a large support from the public. However, the Commission had postponed further examination of this proposal to medium term, making one's own the conclusion from the Winter Report⁹ stating that priority should be given to the adoption of the 10th Directive on cross-border mergers of limited-liability companies¹⁰ and considering that a study as to its feasibility had to be carried out. On February 1st, 2007, the European Parliament adopted a resolution inviting the Commission to present a legislative proposal, in the course of the same year, following the lines of the detailed recommendations formulated in this resolution¹¹. A field study was then undertaken after which the Commission formulated a</p>
--	--	---

⁶ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, "Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union - A Plan to Move Forward", COM (2003) 284 final, Brussels, 21.5.2003. Available at:

http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2003/com2003_0284en01.pdf

⁷ Il est fréquemment référé à une version de 2008 de cette proposition de règlement (disponible en ligne sous ce lien : http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/epc/proposal_en.pdf). Il en existe toutefois une version plus récente (2009) disponible sous ce lien : <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st16/st16115-ad01.en09.pdf>

Les textes commentés étant en anglais, nous nous permettons de reprendre ici partiellement les notes établies pour notre cours de « European Company Law ». Pour une étude détaillée, cons. E.-J. NAVEZ, « La société européenne : enfin un véhicule d'intégration économique destiné aux PME ? », *R.P.S.*, 2008, n° 6988, pp. 415 et suiv.

⁸ Communication, *op. cit.*, p. 21.

² Voy. le dossier de cette loi disponible sous ce lien : <http://www.kapitalmarktrecht-im-internet.de/de/Gesellschaftsrecht/Artikelgesetze/80/MoMiG.htm>

³ Voy. A. BAUMBACH & A. HUECK, *GmbHG*, 19ème éd., München, C. H. Beck, 2010, § 4a, Rn. 11.

⁹ Report of the High Level Group of Company Law Experts on a modern regulatory framework for company law in Europe, Brussels, 4.11.2002, available at: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf

	<p>2. à côté de la GmbH préexistante, la variante de la mini-GmbH est introduite. La première conserve son capital minimum de 25.000 € et la seconde, qualifiée d'entreprise à responsabilité limitée (<i>haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft</i>, ci-après UG) (§ 5a GmbH-Gesetz)⁴, ne requiert pas de capital minimum au moment de sa constitution.</p> <p>La mini-GmbH (encore surnommée la 1-Euro GmbH) n'est donc pas une forme spécifique de société mais une variante de GmbH⁵</p>	<p>proposal in 2008</p> <p>The last version of the proposal dates back from november 2009¹². Since that time, work on the proposal has been slowed down, discussion on workers' participation still remaining a problem¹³.</p>
I. – La constitution	I. – La constitution	I. – La constitution
<p>2. – Dans sa nouvelle définition (art. 2:175, § 1, NBW), la BV est définie comme une personne morale dont le capital est divisé en une ou plusieurs parts <i>cessibles</i> par contraste avec l'actuelle définition stipulant que les parts ne sont pas cessibles.</p>		<p>2. – Définition de la SPE :</p> <p>Article 3 (of the SPE proposal)</p> <p>“Main characteristics of an SPE</p> <p>1. An SPE is a company having legal personality.</p> <p>Its members bear no personal liability for the obligations of the SPE.</p>

This report formed the main basis for the Commission's aforementioned Communication.

¹⁰ This directive was adopted in 2005: Directive 2005/56/EC, *O.J.*, n° L. 310, 25.11.2005, p. 1, available at:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/2005/l_310/l_31020051125en00010009.pdf

¹¹ European Parliament resolution with recommendations to the Commission on the European private company statute (2006/2013(INI)), available at:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2007-0023+0+DOC+XML+V0//EN>

⁴ Voy. le texte de la loi concernant les GmbH sous le lien suivant : <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gmbhg/gesamt.pdf>

⁵ Pour un résumé de ses traits principaux, cons. ce lien : <http://www.ug-ltd.de/unternehmergesellschaft.html>. Voy. également (en anglais), M. OEHLRICH, « The German Unternehmergesellschaft : Entering Regulatory Competition », en ligne: <http://www.iuscomp.org/gla/literature/oehlrigh.html>

¹² <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/09/st16/st16115-ad01.en09.pdf> Dans les lignes qui suivent nous nous référerons à cette dernière version sauf indication contraire.

¹³ See B. LECOURT, "Chronique de droit européen des sociétés", *Rev. soc.*, avril 2010, spéc. pp. 133-135.

<p>Sur ce point par conséquent la BV pourrait être comparée avec la SAS française dont les actions sont en principe cessibles mais qui ne peut, comme la BV, faire appel public à l'épargne</p>		<p>A member is not liable towards the SPE for more than the amount he has subscribed.</p> <p>2. An SPE shall have a capital divided into units.</p> <p>2a. The units of an SPE shall not be offered to the public by the SPE or by its members and shall not be traded on a regulated market or on a multilateral trading facility.</p> <p>(...)</p> <p>3. An SPE shall have a cross-border component¹ at the time of its registration, demonstrated by one of the following:</p> <p>(a) an intention to do business in a Member State other than the one in which the SPE is registered; or</p> <p>(b) a cross-border business object set out in the articles of association of the SPE; or</p> <p>(c) a branch or a subsidiary registered in a Member State other than the one in which the SPE is registered; or</p> <p>(d) a member or members being resident or registered in more than one Member State or in a Member State other than the one in which the SPE is registered”.</p> <p>Like the EEIG (GEIE), the SE and SCE, the SPE enjoys a degree of mobility as it is allowed to transfer its registered office to another Member State (art. 35-38 Prop. SE). The 2008 proposal provided that (contrary to the SE and SEC), the SPE shall not be required to have its statutory</p>
---	--	--

		<p>seat (registered office) and central administration in the same member state (art. 7 Prop. SE) ¹⁴.</p> <p>The 2009 proposal (thus that followed the CJUE Cartesio case ¹⁵) is quite different from that perspective: "For a period of two years as from [...] an SPE shall have its registered office and its central administration and/or its principal place of business in the same Member State. Thereafter national law shall apply".</p>
a) La conclusion du contrat de société ; les associés	a) La conclusion du contrat de société ; les associés	a) La conclusion du contrat de société ; les associés
<p>3. – La BV (ancienne et nouvelle) doit être formée par un acte notarié par une ou plusieurs personnes (art. 2 :175, § 2, NBW). Elle doit, comme la NV (SA) faire l'objet d'une déclaration de non-obstacle (<i>verklaring van geen bezwaar</i>, contrôle préventif) de la part du ministère de la justice (art. 2 :175, § 2, NBW) ¹⁶. Pas de statuts-types ¹⁷ et pas de qualités particulières ou limitations touchant les associés</p>	<p>3. – La GmbH ou UG doit être formée par un acte notarié par une ou plusieurs personnes ¹⁸ (§§ 1 et 2 GmbH-Gesetz, ci-après : GmbHG). Depuis la loi MoMig et en vue de renforcer la compétitivité internationale des GmbH, il est désormais permis, lorsque la société est formée par trois associés au plus et est dotée d'un gérant unique, que celle-ci soit formée selon une procédure simplifiée. Cette procédure consiste en l'adoption de statuts-types (un protocole existe pour les</p>	<p>3. – La SPE peut être formée (ex nihilo ou par transformation ou encore par fusion transfrontalière : art. 5 de la Prop. SPE) par une ou plusieurs personnes physiques ou morales (art. 5a) en suivant une forme écrite répondant aux exigences du droit national applicable (art. 8, § 2, de la Prop. SPE) c'est-à-dire, pour une société ayant son siège statutaire au Luxembourg, par un acte notarié (en vertu de l'art. 4, § 2, b, de la Prop. SE, lequel définit le droit applicable à titre subsidiaire à la SPE</p>

¹⁴ The Commission quoting the Centros case to justify this rule.

¹⁵ Arrêt de la C.J.U.E. en date du 16 décembre 2008, accessible en ligne sous ce lien:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0210:FR:HTML>

¹⁶ A noter qu'une loi visant à supprimer ce contrôle préventif pour le remplacer par un contrôle permanent devrait entrer en vigueur en juillet 2011 : voy. <http://www.parlement.com/9353000/1f/j9vwhy5i95k8zxl/vi76mck4o0zv>

¹⁷ Ce qui est déploré par certains se référant au « modèle » anglais : voy.

http://www.akd.nl/media/497894/de%20flex-bv%20ontbeert%20helaaas%20modelstatuten_19%20augustus%202010_fd.pdf

¹⁸ Qui peuvent être des personnes physiques ou morales, sans limitation : voy. A. BAUMBACH & A. HUECK, *GmbHG, op. cit.*, § 1, Rn. 24 et suiv.

	sociétés unipersonnelles et un autre pour les sociétés pluripersonnelles ¹⁹) (§ 2 (1a) GmbHG). Les frais de notaire s'en trouvent donc réduits. Cette alternative est perçue comme particulièrement utile dans le cas d'une UG ²⁰ .	comme étant le droit de l'Etat membre du siège statutaire de la SPE). En outre des statuts-types devraient être mis à la disposition des entreprises qui seraient libres de les adopter sur une base volontaire ²¹ .
b) Le capital	b) Le capital	b) Le capital
4. – Alors que le droit actuel impose un capital minimum de 18.000 (art. 2 :178, § 2, NBW), le nouvel art. 2 :178 (§§ 1 et 2) NBW laisse aux statuts le choix de fixer (ou pas) un quelconque montant de capital social. Ce montant pourra désormais être fixé dans une devise étrangère. Le montant minimal de libération immédiate disparaît également. Il en va de même pour l'intervention obligatoire d'un expert comptable en cas d'apport en nature ou de quasi-apport (voy. les art. 2 :204a et b nouveaux NBW, l'art. 2 :204c étant abrogé). Les statuts doivent fixer la valeur nominale des parts. Lorsque diverses catégories de parts sont créées, leurs valeurs nominales respectives doivent également être déterminées par les statuts.	4. – Comme énoncé ci-dessus (propos introductifs), la loi MoMig crée désormais deux catégories de GmbH en fonction de leur capital : - la GmbH « normale », devant être dotée d'un capital minimum d'un montant de 25.000 € (§ 5 GmbH) ; - la UG, qui peut être créée avec un capital d'un montant inférieur au minimum prévu pour la GmbH « normale » (§ 5a (1) GmbHG). La jurisprudence de la CJUE en matière de liberté d'établissement et la concurrence des <i>Private limited companies</i> anglaises ont clairement été à l'origine de cette réforme ²² . A noter que le capital convenu doit être entièrement libéré et que l'apport en nature est exclu pour la formation du capital d'une UG (§ 5a (2) GmbHG) ²³ .	4. – Le capital de la SPE doit être d'un euro au moins (art. 19 de la Prop. SPE). La Prop. 2009 prévoit toutefois que les Etats membres pourront fixer un montant plus élevé qui ne pourra excéder 8000 €. L'imposition d'une vérification des apports en nature est laissée à la discrétion des Etats membres (art. 20 Prop. SPE).
c) Divers	c) Divers	c) Divers

¹⁹ Ces statuts-types sont disponibles en ligne sous le lien suivant : <http://www.musterprotokoll.de/>

²⁰ A. BAUMBACH & A. HUECK, *GmbHG, op. cit.*, § 2, Rn. 16 et suiv.

²¹ Voy. E.-J. NAVEZ, *op. cit.*, n° 48.

²² Voy. A. BAUMBACH & A. HUECK, *GmbHG, op. cit.*, § 5a, Rn. 1.

²³ Voy. A. BAUMBACH & A. HUECK, *GmbHG, op. cit.*, § 5a, Rn. 11.

<p>5. – L’art. 2 :192 NBW (stipulant qu’un associé ne peut être tenu de contribuer davantage que le montant nominal de sa part) est remplacé par les dispositions suivantes.</p> <p>Les statuts peuvent stipuler, à l’égard de toutes les parts ou de certaines catégories d’entre elles, que :</p> <ul style="list-style-type: none"> - des obligations particulières, encourues soit vis-à-vis de la société soit vis-à-vis de tiers ou encore entre associés, sont liées à la qualité d’associé ; - des exigences sont liées à la qualité d’associé ; - les associés peuvent être tenus, dans les cas précisés par les statuts, de céder tout ou partie de leurs parts. Dans ce cas l’associé a en principe le droit de requérir une évaluation de ses parts conduite par un expert indépendant. Les statuts peuvent également prévoir une cession forcée des parts lorsqu’un associé se trouve en défaut de respecter ses obligations durant un certain temps (art. 2 :192 nouveau NBW). Un nouvel art. 2 :192a NBW prévoit que si un associé, en raison des obligations encourues (ci-dessus) se trouve dans une très grande difficulté de céder ses parts, il pourra demander à la société de lui indiquer une personne à qui il pourra les céder. Si la société demeure en défaut de le faire après un délai de trois mois, l’associé aura alors le droit de céder ses parts à une 	<p>5. – La loi MoMig légalise la possibilité d’aménager un <i>cash pooling</i>, pratique fréquente dans les groupes de sociétés. Ainsi le § 19 (5) GmbHG permet qu’un contrat soit conclu entre la société et un associé permettant à ce dernier de libérer son apport et puis de le « reprendre » sous la forme d’un prêt. Toutefois l’associé ne sera considéré comme ayant effectivement libéré son apport que si la société est en mesure d’exiger le remboursement du prêt à n’importe quel moment.</p>	<p>5. – Les droits résultant des parts ou « units » peuvent être soumis à des conditions ou obligations (art. 2, § 1^{er}, b) Prop. SE)</p>
---	---	--

personne qui ne sera pas tenue par ces obligations (art. 2 :192a nouveau NBW).		
II. – Le fonctionnement	II. – Le fonctionnement	II. – Le fonctionnement
a) Le(s) gérant(s)	a) Le(s) gérant(s)	a) Le(s) gérant(s)
6. – Pas d'exigences particulières concernant les gérants (hormis les vérifications inhérentes à l'obtention de la <i>verklaring van geen bezwaar</i>).	6. – Le ou les gérants ne peuvent être que des personnes physiques satisfaisant aux conditions posées par le § 6 GmbHG.	6. – Un ou plusieurs gérants peuvent être prévus et, en cas de pluralité, un système moniste ou dualiste de gestion pourra être adopté par les statuts (art. 2, § 1, d Prop. SE). Seule une personne physique peut revêtir la qualité de gérant (art. 31, § 1 Prop. SE).
b) Cession des parts	b) Cession des parts	b) Cession des parts
7. – Le nouvel art. 2 :195 NBW tient compte de la cessibilité désormais accrue des parts (voy. ci-dessus art. 2 :178 NBW) : - sauf si les statuts en disposent autrement, l'associé cessionnaire doit d'abord proposer ses parts à ses coassociés (règle proportionnelle). Si l'associé cessionnaire ne peut obtenir une cession de la totalité de ses actions moyennant un paiement au comptant, il est libre de les céder à qui bon lui semble à la suite d'un délai de trois mois suivant cette constatation ; - par ailleurs les statuts peuvent stipuler une inaliénabilité des parts durant un délai déterminé (toute cession intervenant en violation de cette clause sera nulle). Toutefois une telle clause ne pourra valoir qu'à l'encontre d'associés y ayant consenti	7. – Les parts d'une GmbH sont en principe cessibles sauf dispositions statutaires contraires pouvant aller jusqu'à exclure toute cessibilité (§ 15 GmbHG) ²⁴ .	7. – Rien n'est dit à leur égard, si ce n'est que les droits en résultant peuvent être soumis à des conditions ou obligations (art. 2, § 1 ^{er} , b) Prop. SE). En réalité le traitement de cette question est laissé au droit national applicable (c'est-à-dire celui du siège statutaire de la SARL). Voy. considérant n° 8b de la Prop. SE : « Since Member States follow different traditions with respect to the nature of the participation of members in a company's capital, the unit of the SPE's capital should be either a share or a part, depending on the provisions of the applicable national law. A member should be either a shareholder or an associate, depending on the provisions of the applicable national law ». Le considérant n° 9 invite toutefois les

²⁴ Voy. A. BAUMBACH & A. HUECK, *GmbHG, op. cit.*, § 15, Rn. 2 et suiv.

<p>(la majorité ne pourra donc imposer sa volonté aux associés n'ayant pas consenti à cette limitation) ;</p> <p>- d'autres limitations statutaires de cessibilité sont admises mais elles ne peuvent aboutir à ce que la cession devienne impossible ou extrêmement difficile</p>		<p>Etats membres à la souplesse:</p> <p>« Since small businesses often require long term financial and personal commitment, they should be able to adapt the structure of their capital and the rights attached to the units of capital to their specific circumstances. The members of the SPE should therefore be free to determine the rights and obligations attached to their units, the procedure for the variation of those rights and any restriction on the transferability of the units ».</p> <p>Les droits et obligations attachés aux units doivent être définis par les statuts (art. 8, § 1^{er}, ea Prop. SE), lesquels doivent décrire les catégories éventuelles de parts (art. 8, § 1^{er}, eb Prop. SE).</p> <p>La disposition suivante du règlement semble reposer sur le présumé selon lequel les restrictions ou prohibitions visant le transfert des units résultent des <i>statuts</i> :</p> <p>« On written notification of a transfer of units, the management body shall, without undue delay, enter the member in the list of members, subject to compliance with this Regulation and rules regarding restrictions and prohibitions of the transfer of units in the articles of association, provided that the member submits evidence as to his lawful ownership of the unit » (art. 15, § 4, Prop. SE).</p> <p>Toutefois il semble bien que le droit</p>
--	--	---

		<p>applicable à titre subsidiaire conserve le dernier mot:</p> <p>« Transfer of units</p> <p>1. Without prejudice to this Regulation, the transfer of the units of an SPE shall be governed by the applicable national law.</p> <p>2. Subject to Article 28, a decision introducing or amending a restriction on or prohibition of the transfer of units may be adopted only with the consent of all members affected by the restriction or prohibition in question.</p> <p>3. A unit of a member may not be purchased by another member or a third party unless it is fully paid » (art. 16 Prop. SE).</p>
c) Acquisition de parts propres	c) Acquisition de parts propres	c) Acquisition de parts propres
<p>8. – L’acquisition de parts propres est à la fois assouplie (la gérance est en droit d’y procéder, suppression de la limitation d’acquisition à la moitié du capital...) mais l’opération se déroule sous la responsabilité de la gérance : celle-ci doit s’assurer que la société demeurera en mesure de faire face à ses dettes exigibles à peine de responsabilité solidaire (art. 2 :207 à 207d)</p>	<p>8. – L’acquisition de parts propres est possible et organisée par le § 33 GmbH pour autant que les parts soient entièrement libérées.</p>	<p>8. – L’acquisition de parts propres est possible pour autant que les statuts ne s’y opposent pas (art. 23, § 2, Prop. SPE).</p>
d) Droit préférentiel de souscription et capital autorisé	d) Droit préférentiel de souscription et capital autorisé	d) Droit préférentiel de souscription et capital autorisé
<p>9. – L’existence d’un droit de préférence des associés existants à l’occasion d’une émission nouvelle de parts est désormais largement dépendante d’une prévision</p>	<p>9. – Les associés disposent d’un droit de préférence dont la mise en œuvre et la possible exclusion suivent des règles similaires à celles mises en place dans le</p>	<p>9. – Pas de disposition sur la question qui demeure donc sous l’emprise du droit national applicable à titre subsidiaire, à savoir celui du siège statutaire de la SPE.</p>

<p>statutaire à cet effet (voy. art. 2 :206a), la règle actuelle étant inverse (il faut une prévision statutaire pour exclure ce droit) L'art. 2 :206 actuel permet la mise en place d'un capital autorisé en ce qu'il permet qu'un organe autre que l'assemblée générale soit investi du pouvoir d'augmenter le capital.</p>	<p>cadre de la société anonyme (AG) (§ 55 GmbHG)²⁵. La loi MoMig introduit un § 55a GmbHG lequel permet la mise en place d'un capital autorisé dans la GmbH.</p>	
<p>e) Réduction de capital</p>	<p>e) Réduction de capital</p>	<p>e) Réduction de capital</p>
<p>10. – Les règles nouvelles en matière de réduction du capital tiennent compte désormais de l'absence d'un capital minimum protégé (ainsi par exemple le droit des créanciers de demander des sûretés est abrogé) (voy. les art. 2 :208 et 2 :209 NBW)</p>	<p>10. – Voy. le § 58 GmbHG qui organise la protection des créanciers en cas de réduction du capital.</p>	<p>10. – La Prop. SE contient une réglementation détaillée à cet égard (art. 24) :</p> <p>« Capital reduction</p> <p>0. The capital of the SPE may be reduced either to offset losses or to make a distribution to the members.</p> <p>1. The resolution of the members to reduce the capital shall state the purpose of the reduction.</p> <p>If the purpose of the capital reduction is to make a distribution to the members, the management body of the SPE shall notify its known creditors directly, without undue delay, about the reduction of the capital. The resolution of the members shall be disclosed.</p> <p>2. The capital may not be reduced below the amount determined by Member States in accordance with paragraph 3 of Article 19.</p> <p>2a. Except for the case where the purpose</p>

²⁵ Voy. A. BAUMBACH & A. HUECK, *GmbHG, op. cit.*, § 55, Rn. 25 et suiv.

		<p>of the reduction of the capital is to offset losses incurred by the SPE, those creditors whose claims antedate the disclosure of the resolution and which have not fallen due by the date of that disclosure shall have the right to request the SPE to provide them with adequate safeguards.</p> <p>Requests for adequate safeguards shall be submitted within 30 calendar days of the disclosure of the resolution.</p> <p>The SPE shall be required to provide safeguards if the creditor credibly demonstrates that due to the reduction of the capital the satisfaction of his claims is at stake, and the SPE has not provided him with adequate safeguards. Member States may, however, prescribe that creditors shall always have the right to obtain adequate safeguards from the SPE. In this case, paragraph 3 shall not apply.</p> <p>The management body shall reply to the request for adequate safeguards of the creditor within 30 calendar days of the submission of the request.</p> <p>3. If the SPE does not provide adequate safeguards or the creditor considers the safeguard unsatisfactory, the creditor shall have the right to apply to the competent court for an order that the SPE provide the creditor with adequate safeguard. An application shall be made within 30 calendar days of the response of the SPE to the request or in the absence of a response,</p>
--	--	--

		<p>within 60 calendar days of the submission of the request.</p> <p>The court may order the SPE to provide safeguards if the creditor credibly demonstrates that due to the reduction in the capital the satisfaction of his claims is at stake, and that no adequate safeguards have been obtained from the SPE.</p> <p>3a. Any further safeguards provided to the creditors under the applicable national law by confirming capital reduction through court order may also apply.</p> <p>4. A capital reduction shall take place as follows:</p> <p>(a) [Deleted]</p> <p>(aa) where, in accordance with the third subparagraph of paragraph 2a, Member States prescribe that the creditors shall always have the right to obtain adequate safeguards, as soon as the SPE has complied with all its obligations to provide such safeguards;</p> <p>(b) where no creditor has submitted a request to the SPE within 30 calendar days of the disclosure of the resolution of the members on the thirty-first calendar day following that disclosure;</p> <p>(c) where the SPE has creditors at the time when the resolution is adopted and a request has been submitted to the SPE by a creditor within 30 calendar days of the disclosure of the resolution of members and no application is made to the court, on</p>
--	--	--

		<p>the ninety-first calendar day following the disclosure of the resolution;</p> <p>(d) where the SPE has creditors at the time when the resolution is adopted, a request has been submitted to the SPE by a creditor and an application is made to the court within the deadline set out in paragraph 3, on the first date on which the SPE has complied with all orders by the competent court to provide adequate safeguards or, if earlier, the first date on which the court has determined, in relation to all applications that the SPE need not provide any safeguards.</p> <p>5. If, as a result of a reduction of the capital, a distribution is made to the members, paragraphs 1 and 4 of Article 21 and Article 22 shall apply accordingly.</p> <p>6. If the purpose of a reduction of the capital is to offset losses incurred by the SPE, the reduced amount may be used only for this purpose and shall not be distributed to the members.</p> <p>7. A capital reduction shall be disclosed ».</p> <p>L'art. 28, § 2, Prop. SE dispose que, sauf dispositions contraires des statuts fixant une majorité plus élevée, une décision d'augmentation ou de réduction du capital doit être prise à une majorité des 2/3 des units.</p>
f) Contrepartie de la flexibilité offerte en matière de capitalisation	f) Contrepartie de la flexibilité offerte en matière de capitalisation	f) Contrepartie de la flexibilité offerte en matière de capitalisation
11. – Les règles en matière de distribution	11. – En contrepartie de la possibilité	11. – En contrepartie de la faculté de

<p>des bénéfices changent (voy. art. 2 :216 NBW) : une décision de distribution ne peut être mise en œuvre que moyennant l'autorisation de la gérance qui doit s'assurer que la société demeurera, après distribution, en mesure de faire face à ses créances exigibles (sous peine de responsabilité solidaire de la gérance et obligation de remboursement du bénéfice illégalement distribué). Les statuts peuvent par ailleurs prévoir que certaines parts n'ont pas droit ou seulement un droit limité à la distribution de bénéfices (alors que la règle antérieure prévoyait qu'un associé ne pouvait être totalement exclu de la participation aux bénéfices). Toutefois lorsque les parts sont par ailleurs dépourvues du droit de vote, elles ne peuvent alors être totalement dépourvues du droit de participer aux bénéfices (art. 2 :228, § 5, NBW).</p>	<p>offerte aux UG de se constituer avec un capital minimum inférieur au montant prévu pour les GmbH « normales » (§§ 5 et 5a GmbHG), celles-ci se voient imposer une « obligation de thésaurisation » (<i>Thesaurierungspflicht</i>). Contrairement donc à la <i>limited</i> anglaise, la capitalisation basse de la UG n'est pas destinée à demeurer permanente²⁶, le législateur (MoMig) souhaitant en effet que la UG augmente progressivement son capital jusqu'à atteindre les 25.000 € requis pour la GmbH « normale ». Ainsi, aux termes du § 5a (3) GmbHG, la UG est tenue de mettre chaque année 25% de son bénéfice en réserve, bénéfice qui ne pourra être distribué mais seulement être affecté soit à la couverture d'une perte soit à une recapitalisation. Cette obligation de mise en réserve ne cessera que lorsque la UG aura atteint le capital minimum requis pour une GmbH « normale » (§ 5a (5) GmbHG)²⁷. Contrairement à la SPRL-starter belge, la loi n'impose pas de délai endéans lequel la UG devra avoir atteint le capital minimum requis pour la GmbH. A noter aussi que la UG pourra décider d'utiliser désormais l'appellation « GmbH » (ou conserver celle d'UG) à dater du moment où elle aura atteint le capital minimum de</p>	<p>constituer une SPE avec un capital limité à un euro, des limitations s'appliquent quant à la distribution des bénéfices, lesquelles dépendent finalement de la position adoptée par l'Etat membre du siège statutaire de la SPE :</p> <p>Article 21 (of the SPE Prop) “Distributions 1. The SPE may not make a distribution to its members if on the closing date of the last financial year the net assets as set out in the SPE's annual accounts are, or following such a distribution would become, lower than the amount of the capital plus those reserves which may not be distributed under the articles of association of the SPE. The calculation shall be based on the most recently adopted balance sheet. Changes in the capital or the reserves which may not be distributed which have occurred subsequent to the closing date of the financial year shall be taken into account. Where the part of the capital that is not paid up is not included in the assets shown in the balance sheet, this amount shall be deducted from the amount of the capital. 2. The amount of a distribution to members may not exceed the amount of the profits at the end of the last financial year plus any</p>
---	--	---

²⁶ Pour cette observation : M. OEHLRICH, *op. cit.*

²⁷ A. BAUMBACH & A. HUECK, *GmbHG, op. cit.*, § 5a, Rn. 21.

	25.000 €.	<p>profits brought forward and sums drawn from reserves available for this purpose, less any losses brought forward and sums placed to reserve in accordance with the articles of association of the SPE. The calculation shall be based on the most recently adopted balance sheet.</p> <p>3. If the articles of association allow for the payment of interim dividends, the following provisions shall apply:</p> <p>(i) interim accounts shall be drawn up showing that the funds available for distribution are sufficient, and</p> <p>(ii) the amount to be distributed may not exceed the total profits made since the end of the last financial year for which the annual accounts have been drawn up, plus any profits brought forward and sums drawn from reserves available for this purpose, less losses brought forward and sums to be placed to reserve in accordance with the articles of association of the SPE.</p> <p><i>4. Member States may require that at least 15 days before a resolution under Article 28(e) to make a distribution is agreed by the members, the management body must certify in writing that, having made full inquiry into the affairs and prospects of the SPE, the directors have formed the reasonable opinion that the SPE will be able to pay its debts as they fall due in the normal course of business in the year following the date of the proposed</i></p>
--	-----------	---

		<p><i>distribution (a "solvency statement"). The solvency statement must be signed by the management body and a copy of it must be provided to the members before the resolution on the distribution is taken. The solvency certificate shall be disclosed in accordance with Council Directive 68/151/EEC of 9 March 1968".</i></p> <p>Article 22 (of the SPE Prop.) "Recovery of distributions Any member who has received distributions must return those distributions to the SPE, provided that the SPE proves that the member knew or in view of the circumstances should have been aware of the fact that the distribution was made contrary to Article 21 or that the solvency statement should not have been made".</p> <p>Il revient aux Etats membres de fixer les conséquences, en termes de responsabilité de la gérance, s'attachant à l'émission du certificat de solvabilité (voy. considérant 11 de la Prop. SPE).</p>
g) Obligations	g) Obligations	g) Obligations
12. – L'émission d'obligations est et demeurera possible dans la BV	12. – L'émission d'obligations est possible	12. – Pas de disposition sur la question qui demeure donc sous l'emprise du droit national applicable à titre subsidiaire, à savoir celui du siège statutaire de la SPE.
Conclusion	Conclusion	Conclusion
13. – La flexibilité accrue introduite dans le droit des BV, notamment au niveau de	13. – Le nouveau droit applicable à la UG n'alourdit pas, contrairement à la nouvelle	13. – Cette lecture rapide de la Prop. SE démontre l'importance résiduelle du droit

<p>son capital et de la cessibilité des parts, devrait rendre cette forme plus attractive, notamment pour la formation de <i>joint ventures</i> ²⁸, dans le contexte d'une concurrence accrue entre les Etats en ce qui concerne le droit des sociétés. Toutefois, s'agissant du financement de la BV, cette flexibilité accrue est acquise au prix d'une responsabilité accrue dans le chef des gérants de la société</p>	<p>BV ci-contre, significativement la responsabilité des gérants lorsque la société est formée avec un capital inférieur au minimum légal. Toutefois la situation de « sous-capitalisation » (au regard du minimum légal) de la UG est appelée à demeurer normalement (mais pas obligatoirement) temporaire dans la mesure où les distributions aux associés sont limitées tant que le capital n'atteindra pas le minimum légale de 25.000 €</p>	<p>de l'Etat membre du siège statutaire. Ainsi :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la forme notariée s'imposera aux SPE établissant leur siège statutaire au Luxembourg ; - même si la Prop. SE prévoit la possibilité d'un capital limité à un euro, les Etats membres pourront augmenter ce montant ; - en outre les Etats membres peuvent imposer à la gérance l'émission d'un « solvency statement » attestant « that the SPE will be able to pay its debts as they fall due in the normal course of business in the year following the date of the proposed distribution ». - la question de la cessibilité des parts est largement laissée sous l'emprise du droit applicable. <p>Par conséquent l'adoption du règlement SPE ne dispense pas les Etats membres de mener leur propre réflexion sur la flexibilité désormais souhaitée dans la réglementation des SARL compte étant tenu du contexte de concurrence interétatique s'agissant du droit des sociétés en Europe.</p>
<p>14. - Quelques observations à propos de la proposition formulée par la Chambre de Commerce ²⁹</p>		
<p>1. - La Chambre de Commerce s'inspire du droit belge alors que le droit belge applicable à la SPRL est <i>a priori</i> fort différent du droit</p>		

²⁸ Voy. S. M. H. DUSARDUIN, « De flexibele BV : een moeizaam verlopende zwangerschap », février 2010, disponible en ligne sous ce lien : <http://www.dganet.nl/content/view/113/1/>

²⁹ Chambre de Commerce Luxembourg, « Une société à responsabilité limitée simplifiée pour soutenir la croissance », *Actualités & Tendances*, n° 8, janvier 2011, disponible en ligne : <http://www.cc.lu/docdownload.php?id=3888>

luxembourgeois régissant la SARL. En effet le législateur belge procède d'une logique d'alignement du droit de la SPRL (et de la SCRL) sur celui de la SA en ce qui concerne la constitution de son capital et sa protection en cours d'existence de la société (logique d'extension des dispositions de la seconde directive européenne dite « directive capital » alors que cette directive ne vise pas la SPRL). Le choix opéré par le législateur luxembourgeois est diamétralement à l'opposé : la SARL ne se voit pas appliquer les dispositions régissant la SA (ex. : pas de contrôle des apports en nature), ce qui en fait un instrument beaucoup plus souple que la SPRL de droit belge. Par conséquent il semblerait préférable pour le législateur luxembourgeois de s'inspirer plutôt de l'exemple d'autres droits étrangers, offrant un modèle plus souple que la SPRL-S de droit belge. Il n'apparaît ainsi nullement nécessaire, à la lumière du droit comparé, d'imposer une « reconstitution » du capital minimum légal dans un délai impératif de cinq ans. Il nous semble que la solution, exposée ci-dessus, pratiquée en droit allemand revête une souplesse bienvenue tout en préservant l'intérêt des créanciers sans alourdir outre mesure la responsabilité des dirigeants de la société.

2. - La Chambre de Commerce estime que : « Dans le cadre d'une simplification administrative, il s'agira bien entendu également de supprimer l'exigence de l'acte authentique devant notaire »³⁰. Qu'il soit permis de faire observer à la Chambre de Commerce que les Etats membres sont, aux termes de la première directive européenne (applicable tant aux SA qu'aux SARL, notamment), tenus de soumettre la constitution de la SARL soit à un contrôle préventif (inexistant au Luxembourg) soit à l'intervention d'un notaire³¹. Par conséquent, à moins que le souhait de la Chambre de Commerce ne soit de créer un système de contrôle préventif spécifique aux SARL-S, il ne nous semble pas que le législateur luxembourgeois ait la latitude d'accéder à cette doléance.

3. - La Chambre de Commerce se prononce pour la disponibilité d'un jeu de statuts-types mais semble vouloir rendre l'adoption de ceux-ci obligatoire³². Or le droit allemand ci-dessus et la Prop. SE vont certes dans le sens de la mise à disposition de statuts-types mais l'adoption de ceux-ci repose sur une base volontaire. *A priori* nous ne voyons pas la raison d'imposer la solution des statuts-types

³⁰ Chambre de Commerce Luxembourg, « Une société à responsabilité limitée simplifiée pour soutenir la croissance », *op. cit.*, p. 3.

³¹ Première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (*J. O.*, n° L. 65, 14 mars 1968), remplacée par la directive 2009/101/CE du Parlement et du Conseil du 16 septembre 2009 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 48, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *J.O.U.E.*, 1^{er} octobre 2009, n° L. 258/11 (accessible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:258:0011:0019:FR:PDF>), spéc. art. 11, lequel dispose que : « Dans tous les États membres dont la législation ne prévoit pas un contrôle préventif, administratif ou judiciaire, lors de la constitution, l'acte constitutif et les statuts de la société ainsi que les modifications de ces actes doivent être passés par acte authentique ». Au Luxembourg les dispositions de cette directive s'appliquent aux SA, SARL et sociétés en commandite par actions (art. 1^{er} de la directive).

³² Chambre de Commerce Luxembourg, « Une société à responsabilité limitée simplifiée pour soutenir la croissance », *op. cit.*, p. 3 : « Ainsi, le formalisme de constitution devrait être allégé sur base d'un jeu de statuts-types simplifié, disponible en ligne, impose par voie législative, et sur base duquel le futur entrepreneur ferait son choix. Ce choix pourrait se faire via une déclaration, auprès, par exemple, du Registre de Commerce et des Sociétés (RCS-L), soit électroniquement, en sélectionnant l'une des différentes options proposées dans le formulaire en ligne de statuts-types, soit en personne, moyennant le remplissage du formulaire papier en question, directement auprès du RCS-L. Puisque le registre s'occupe déjà à l'heure actuelle des formalités d'enregistrement, les deux hypothèses équivaldraient à une inscription au RCS-L ».

à des associés qui pourraient, en certaines hypothèses, préférer la confection de statuts sur mesure.

4. - La Chambre de Commerce se prononce, à l'instar du droit belge, pour la rétention d'un délai de cinq ans pour atteindre le capital minimum légal requis pour une SARL « normale » au motif que, en termes de moyenne européenne, 50% des entreprises ne survivent pas les cinq premières années de leur existence ³³. Pourtant la Chambre relève précédemment dans son étude, une particularité luxembourgeoise : à savoir le nombre élevé de faillites affectant des sociétés de plus de cinq ans ³⁴. Nous avons vu qu'un examen du droit comparé n'impose nullement la rétention d'un délai en vue d'atteindre le capital minimum requis pour une SARL « normale ».

5. - La Chambre de Commerce « propose que les associés soient, en cas de faillite dans les cinq ans à dater de la constitution de la SARL simplifiée, tenus de payer le passif social jusqu'à concurrence de la différence entre les bénéfiques mis en réserve et le capital social minimal prévu pour une SARL 'classique', à savoir 12.394,68 EUR » ³⁵. Nous nous demandons si cette proposition doit être interprétée en ce sens que les fondateurs auraient ainsi la certitude de n'être jamais condamnés qu'à concurrence du montant du capital minimum s'ils font faillite dans les cinq ans, ce qui ne correspond pas nécessairement à un capital "suffisant" au regard de l'activité entreprise... On rappellera à cet égard que l'art. 495-1 du Code de commerce ³⁶ permet de condamner les dirigeants de droit ou de fait (au rang des dirigeants « de fait » pourraient figurer les associés contrôlares) ayant commis une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite et ce jusqu'à concurrence de l'insuffisance d'actifs qui peut être bien plus élevée que le montant du capital minimum requis pour la SARL classique. On peut se demander si les opérateurs économiques ne pourraient être induits en erreur par l'édiction de la règle proposée : persuadés de bénéficier d'une limitation de responsabilité « absolue » au cours des cinq premières années d'existence de la société, leur déception sera cruelle si, ayant participé à la gestion de la société (ce qui sera très fréquemment

³³ Chambre de Commerce Luxembourg, « Une société à responsabilité limitée simplifiée pour soutenir la croissance », *op. cit.*, p. 37.

³⁴ Chambre de Commerce Luxembourg, « Une société à responsabilité limitée simplifiée pour soutenir la croissance », *op. cit.*, p. 15, note 36. Voy. également Creditreform, Communiqué de presse du 27 janvier 2011 (donc postérieur à la publication du fascicule commenté par la Chambre de Commerce) publié sous le titre « Taux record des faillites au Luxembourg », relevant encore un taux très élevé de faillites, affectant également un nombre élevé de SA, et la proportion toujours élevée de faillites affectant les sociétés ayant plus de cinq ans, disponible en ligne : http://www.paperjam.lu/communiquede_presse/fr/taux-record-des-faillites-au-luxembourg

³⁵ Chambre de Commerce Luxembourg, « Une société à responsabilité limitée simplifiée pour soutenir la croissance », *op. cit.*, p. 39.

³⁶ Lequel dispose que : « Lorsque la faillite d'une société fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut décider, à la requête du curateur, que les dettes doivent être supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants sociaux, de droit ou de fait apparents ou occultes, rémunérés ou non, à l'égard desquels sont établies des fautes graves et caractérisées ayant contribué à la faillite.

L'action se prescrit par trois ans à partir de la vérification définitive des créances. En cas de résolution ou d'annulation du concordat, la prescription, suspendue pendant le temps qu'a duré le concordat, recommence à courir, sans toutefois que le délai pour exercer l'action puisse être inférieure à un an » (disponible en ligne : http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/code_commerce/L3_faillite_banqueroute_sursis.pdf).

le cas dans une SARL de petite taille) ils se voient opposer l'art. 495-1 du Code de commerce permettant de les condamner à concurrence de l'insuffisance d'actifs³⁷.

6. – En guise d'illustration de l'intérêt que peut revêtir la forme de la SARL-S, la Chambre de commerce évoque le cas du consultant dont le seul « capital » est sa matière grise et un ordinateur portable³⁸. Il importe toutefois de relever que si cette activité de consultance revêt le caractère d'une activité civile (profession libérale), celle-ci ne peut être exercée dans le cadre d'une SARL telle qu'organisée dans le cadre de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Effectivement cette loi pose le principe de la commercialité par la forme³⁹, contrairement au droit belge qui permet aux sociétés civiles d'adopter la forme d'une société commerciale sans perdre leur nature civile⁴⁰. Le gouvernement luxembourgeois avait, voici quelques années, proposé à la Chambre des députés d'abandonner la commercialité par la forme pour s'aligner sur le système retenu en Belgique et ainsi ouvrir la forme sociétaire à l'ensemble des activités économiques (et pas seulement commerciales) mais cette proposition fit long feu, en raison de l'opposition de la Chambre de Commerce⁴¹.



³⁷ Il y a également lieu de tenir compte de la disposition du Code de commerce (art. 495) en matière d'abus de biens sociaux : « En cas de faillite d'une société, peut être déclaré personnellement en faillite tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, qui a :

- sous le couvert de la société masquant ses agissements, fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ou
- disposé des biens sociaux comme des siens propres ou
- poursuivi abusivement, dans son intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale.

Le passif de la faillite du dirigeant comprend, outre le passif personnel, celui de la société.

La date de la cessation des paiements est celle fixée par le jugement prononçant la faillite de la Société ».

³⁸ Chambre de Commerce Luxembourg, « Une société à responsabilité limitée simplifiée pour soutenir la croissance », *op. cit.*, p. 42.

³⁹ L'art. 3, al. 3, L. 10 août 1915 dispose en effet que : « Pourront (...) les sociétés, dont l'objet est civil, se constituer dans les formes de l'une des six sociétés commerciales énumérées à l'article précédent. Mais, dans ce cas ces sociétés, ainsi que les opérations qu'elles feront, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce ».

⁴⁰ L'art. 3, § 4, du Code belge des sociétés dispose par contre que : « Les sociétés civiles à forme commerciale sont les sociétés dont l'objet est civil, et qui, sans perdre leur nature civile, ont adopté la forme d'une société commerciale pour bénéficier de la personnalité juridique. Elles n'ont pas la qualité de commerçant ».

⁴¹ Nous faisons ici allusion au projet de loi n° 4992, qui a abouti à la loi du 23 mars 2007 modifiant

1. la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales,

2. la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales, et

3. la loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle (*Mém. A* – 46 du 30 mars 2007, p. 816).

Pour la proposition du gouvernement de l'abandon de la commercialité par la forme, voy. Projet de loi modifiant la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, Doc. Parl., Ch. Députés, n° 4992, 25 juillet 2002, art. I, modifiant l'art. 3 L. 10 août 1915 en y insérant l'alinéa suivant : « Les sociétés civiles à forme commerciale sont les sociétés dont l'objet est civil, et qui, sans perdre leur nature civile, ont adopté la forme d'une société commerciale. Elles n'ont pas la qualité de commerçant. L'immatriculation au registre de commerce et des sociétés n'empêche pas présomption de commercialité dans leur chef ».

7. - Une réforme possible non évoquée par la Chambre de Commerce et qui pourrait s'avérer utile pour l'ensemble des SARL pourrait être d'accroître la flexibilité statutaire en ce qui concerne le régime de cessibilité des parts. Une telle réforme pourrait poser la SARL en véritable concurrente de la SAS (société par actions simplifiée) française.

Chapitre II. - L'EIRL (entreprise individuelle à responsabilité limitée) française ⁴² (C. com. fr., art. L526-6 et suiv.)

Introduction

15. – Un patrimoine d'affectation. L'EIRL n'est *pas* une société, ne disposant pas d'une personnalité juridique distincte de celle de l'entrepreneur. L'EIRL est bien une exception frontale à la théorie de l'unicité du patrimoine (Aubry & Rau) ⁴³, reposant sur la distinction entre le patrimoine affecté à l'entreprise (et auquel la responsabilité de l'entrepreneur est limitée) et le patrimoine non affecté.

Art. L526-6 C. com. fr. – « Tout entrepreneur individuel peut **affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale.**

Pour l'opposition de la Chambre de Commerce à cette proposition, cons. l'Avis de la Chambre de Commerce, *Doc. Parl.*, Ch. Députés, n° 4992-2, pp. 1 (« Enfin, concernant l'abandon du principe de la commercialité par la forme, la Chambre de Commerce se doit d'émettre son opposition la plus stricte. En effet, la Chambre de Commerce ne perçoit nullement l'opportunité de l'abandon d'un principe clair et transparent, ayant fait ses preuves de longue date, au profit d'un état de désorganisation et d'insécurité juridique. Un tel abandon n'est, par ailleurs, aucunement justifié de manière objective par les auteurs du présent projet de loi dans le cadre de l'exposé des motifs. En conséquence, la Chambre de Commerce réclame que l'article 1er, visant à modifier l'article 3 de la loi modifiée du 10 août 1915 et à abandonner le principe de la commercialité par la forme, soit retiré du projet de loi, et ce d'autant plus que le sujet ne répond à aucune nécessité en matière de restructuration d'entreprises et ne s'inscrit pas dans la problématique générale du présent projet de loi ») et pp. 7-12, disponible en ligne sous ce lien : http://www.chd.lu/wps/PA_1_084AIVIMRA061432DO1000000/MergeServlet?lot=J-2003-O-0652 .

⁴² Introduite par la loi n° 2010-658 du 10 juin 2010.

Sur cette réforme, cons. notamment : B. SAINTOURENS, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée – Commentaire de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 », *Rev. soc.*, 2010, pp. 351 et suiv. ; B. SAINTOURENS, « L'instauration du statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée par la loi du 15 juin 2010 », *R.T.D.Com.*, 2010, pp. 681 et suiv. ; P.-M. LE CORRE, « L'heure de vérité de l'EIRL : le passage sous la toise du droit des entreprises en difficulté », *Rec. Dalloz*, 2011, pp. 91 et suiv. ; A. GUESMI, « EIRL *versus* EURL à l'aune du droit des procédures collectives », *Rec. Dalloz*, 2011, pp. 104 et suiv. ; V. LEGRAND, « Le chapitre II de l'ordonnance du 9 décembre 2010 concernant le surendettement de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : premiers constats et déception », *Rec. Dalloz*, 2011, pp. 99 et suiv.

⁴³ Voy. B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 2 : « Par l'adoption du statut de l'EIRL (...) (l)e législateur admet la constitution d'un patrimoine d'affectation, brisant cette fois expressément la conception traditionnelle qui veut qu'une même personne ne puisse détenir qu'un seul patrimoine » ; n° 3 : « (...) atteinte directe à la théorie de l'unité du patrimoine (...) Il y a unicité de personne et dualité de patrimoines ». En ce sens également : P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, p. 91 ; A. GUESMI, *op. cit.*, p. 104. L'avènement de l'EIRL s'inspire d'une étude déjà ancienne de CL. CHAMPAUD (« L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », *R.T.D. Com.*, 1979, pp. 580 et suiv.) : B. SAINTOURENS *in R.T.D. Com.*, 2010, *op. cit.*, p. 681.

Colloque : LA SARL SIMPLIFIÉE (SARL-S) : UNE ALTERNATIVE SOUHAITABLE POUR LE Luxembourg OU « MIROIR AUX ALOUETTES » ? – Luxembourg, 25 mai 2011 – Contribution d'ISABELLE CORBISIER

Ce patrimoine est composé de l'ensemble des **biens**, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, **nécessaires** à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il **décide** d'y affecter. Un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté.

(...)

Pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, l'entrepreneur individuel utilise une **dénomination** incorporant son nom, précédé ou suivi immédiatement des mots : " Entrepreneur individuel à responsabilité limitée " ou des initiales : "**EIRL** " ».

Toutefois si l'EIRL n'est pas une société, sa réglementation n'est pas sans évoquer le droit des sociétés, en particulier le droit de l'EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée), quoique la réglementation de l'EIRL apparaisse plus complexe ⁴⁴.

L'entrée en vigueur du dispositif dépendait de l'adoption d'une ordonnance destinée à adapter le droit des entreprises en difficulté à ce nouvel instrument. Ce fut fait avec l'ordonnance du 9 décembre 2010 ⁴⁵.

I. – Les caractères de l'EIRL tenant à l'entrepreneur et au patrimoine affecté

a) L'entrepreneur

16. – L'EIRL est réservée aux personnes physiques. Cette restriction tient au but poursuivi par la réglementation : protéger les personnes physiques exerçant une activité professionnelle en nom personnel. Le statut aurait toutefois pu être ouvert aux personnes morales (qui demeurent libres de créer une multiplicité d'EURL ou de SASU ⁴⁶, aboutissant en fait à autant d'affectations patrimoniales) ⁴⁷.

17. – L'activité exercée dans le cadre de l'EIRL peut être commerciale, artisanale, libérale ou agricole ⁴⁸. On remarque donc que le statut d'EIRL, visant une « entreprise », transcende les distinctions entre droit commercial et droit civil.

18. – Les obligations incombant à l'entrepreneur :

- délimiter, dans la déclaration d'affectation, « l'objet de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté » (art. L526-8, 2° C. com. fr.), les règles de l'EIRL n'ayant vocation à s'appliquer « que par référence à l'activité identifiée comme correspondant à celle pour laquelle un patrimoine a été spécialement affecté » ⁴⁹ ;

⁴⁴ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 3-4.

⁴⁵ Cons. B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 5 ; P.-M. LE CORRE, *op. cit.* ; A. GUESMI, *op. cit.* ; V. LEGRAND, *op. cit.*

⁴⁶ Société par actions simplifiée unipersonnelle.

⁴⁷ Voy. B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 7.

⁴⁸ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n°s 13-16.

⁴⁹ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 17.

- procurer une information permanente par l'usage du sigle « EIRL » ou mention en toutes lettres (art. L526-6 C. com. fr.). Sanction : injonction sous astreinte (art. L526-20 C. com. fr.) ;
- établir une comptabilité autonome pour l'EIRL (art. L526-13 C. com. fr.) et déposer ses comptes annuels (art. L526-14 C. com. fr.)⁵⁰. Sanction : anéantissement possible de l'affectation patrimoniale (et donc de la limitation de responsabilité) : art. L526-12 C. com. fr.⁵¹;
- ouverture d'un compte bancaire exclusivement dédié à l'activité de l'EIRL (art. L526-13 C. com. fr.). Sanction : anéantissement possible de l'affectation patrimoniale (et donc de la limitation de responsabilité) : art. L526-12 C. com. fr.⁵²;
- l'avantage dit « majeur » de l'EIRL est que l'entrepreneur dispose d'une option (irrévocable) de se soumettre à l'impôt des sociétés plutôt qu'à l'impôt sur le revenu⁵³.

b) Le patrimoine affecté

19.- La déclaration d'affectation. Elle comporte un état descriptif des biens affectés et fait mention de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté (art. L526-8 C. com. fr.). La déclaration est soumise à publicité au registre adéquat (RCS pour les commerçants et répertoire des métiers pour les artisans)⁵⁴.

20. – La composition du patrimoine affecté (art. L526-6 C. com. fr.).

- composition obligatoire : les biens « nécessaires » à l'exercice de l'activité professionnelle. Les créanciers de l'EIRL pourront donc arguer que tel ou tel bien aurait dû y figurer⁵⁵;
- composition facultative : dépend de la volonté de l'entrepreneur, laquelle ne pourra être remise en cause par ses créanciers du patrimoine non affecté sauf fraude⁵⁶.

21. – Evaluation par un expert pour les éléments d'actif autres que des liquidités s'inspirant de la vérification des apports en nature dans une société. Voy. l'art. L526-10⁵⁷. Sanctions : si la valeur déclarée est supérieure à celle déterminée par l'expert, responsabilité durant cinq ans de l'entrepreneur sur tout son patrimoine (y-compris non affecté) à concurrence de la différence ; en l'absence de recours à un expert : responsabilité durant cinq ans sur la totalité du patrimoine pour la différence entre la valeur réelle du bien et la valeur déclarée⁵⁸.

⁵⁰ Voy. B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n°s 19-20.

⁵¹ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 20.

⁵² B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 21.

⁵³ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n°s 23-25.

⁵⁴ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n°s 26-27.

⁵⁵ Voy. B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 28.

⁵⁶ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 29.

⁵⁷ La procédure ne s'appliquera que pour les éléments d'actif d'une valeur déclarée supérieure à 30.000 €: art. D526-5 C. com. fr.

⁵⁸ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n°s 31-32.

22. – Exclusivité de l'affectation. Un bien ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté (art. L526-6 C. com. fr.)⁵⁹.

23. – Modification ultérieure du patrimoine affecté. Elle pourra intervenir lorsque, par exemple, un nouveau bien apparaîtrait « nécessaire » à la poursuite de l'activité ou lorsque l'objet de l'activité viendrait à changer, nécessitant un ajustement de l'affectation patrimoniale (voy. art. L526-10 C. com. fr.). Il faudra alors procéder à une déclaration complémentaire qui pourra également susciter une évaluation par un expert⁶⁰. En outre les comptes annuels assurent l'actualisation de la composition et de la valeur du patrimoine affecté (art. L526-14 C. com. fr.)⁶¹.

II. – Le transfert du patrimoine affecté

24. – Observation préalable concernant le droit luxembourgeois : le transfert de « patrimoine professionnel ». Le droit luxembourgeois, qui connaît le mécanisme de la fiducie – autre technique d'affectation du patrimoine – depuis 1983 (alors que le droit français ne reconnaît la technique que depuis quelques années)⁶², a sur ce point précédé le droit français puisque, depuis 2007⁶³, la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales institue une procédure de « transfert de patrimoine professionnel » (art. 308bis-6 et suiv. L. 10 août 1915)⁶⁴ où le « patrimoine professionnel » envisagé présente une ressemblance frappante avec le patrimoine affecté figurant au rang des traits de l'EIRL :

- la notion luxembourgeoise de « patrimoine professionnel » se réfère aux activités tant civiles que commerciales. Toutefois, à la différence du droit français, tant les personnes *morales* que physiques peuvent faire usage de la notion de patrimoine professionnel en vue d'en assurer son transfert ;
- la caractérisation « professionnelle » du patrimoine transférable se réfère à un critère d'affectation opérant une différenciation entre le patrimoine privé et le patrimoine « professionnel » susceptible de transfert⁶⁵.

⁵⁹ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 33.

⁶⁰ Voy. B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n°s 34-38.

⁶¹ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 39.

⁶² Relevons également que les OPC, qui ont fait la fortune de la place financière luxembourgeoise, font également usage de la *compartimentalisation*, qui nous semble assurément relever également d'une logique d'affectation.

⁶³ Par la loi, précitée, du 23 mars 2007 (doc. parl. n° 4992).

⁶⁴ Inspirée de la technique de transfert de patrimoine connue du droit suisse. Voy., pour un commentaire de cette réforme dans une démarche comparative avec le droit suisse : R. BAHAR, « Le transfert de patrimoine professionnel – Une contribution helvétique au droit des sociétés luxembourgeois », in A. PRÜM (sous la coordination de), *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, Collection de la Faculté de Droit, d'Economie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 107 et suiv.

⁶⁵ Voy. l'art. 308bis-6, al. 1^{er}, L. 10 août 1915, lequel dispose que : « Les sociétés, les groupements d'intérêt économique et les personnes physiques peuvent transférer tout ou partie de leur patrimoine professionnel avec actifs et passifs à un autre sujet de droit dans le cadre d'une *affectation professionnelle* » (souligné par nous).

A l'époque la discussion du projet ayant abouti à l'édition des dispositions commentées, la Chambre de Commerce s'était prononcée contre l'adoption de ce dispositif⁶⁶ et ce pour des motifs qui nous apparaissent discutables :

- tout d'abord la Chambre de Commerce estime que les dispositions proposées visant le transfert de patrimoine professionnel feraient en quelque sorte double emploi avec les dispositions figurant par ailleurs au projet et ayant trait aux apports d'universalité et de branche d'activités⁶⁷. Or les opérations évoquées par la Chambre de Commerce ne peuvent intervenir qu'entre sociétés dotées de la personnalité juridique et aux groupements d'intérêt économique (voy. les art. 308bis-1 et 308bis-3 et 308bis-4 L. 10 août 1915) alors que la technique de transfert du patrimoine professionnel s'adresse également aux personnes physiques. En outre la notion de « patrimoine professionnel », recourant à un critère d'affectation, nous semble distincte de celles de l'apport d'universalité (l'*intégralité* du patrimoine de la personne morale est ainsi transmis) et de la branche d'activités, même si l'assiette de la « branche d'activités » pourra dans certains cas largement coïncider avec celle du patrimoine professionnel⁶⁸ ;

- ensuite la Chambre de Commerce s'insurge contre l'introduction d'une faculté de transfert du patrimoine professionnel au bénéfice des personnes physiques au motif qu'une telle construction n'existe pas à l'époque de la discussion du projet⁶⁹. Ne pourrait-on ici rétorquer à la Chambre de Commerce que si le gouvernement propose l'introduction d'une réglementation de cette technique au profit notamment des personnes physiques, c'est précisément parce que le droit existant ne reconnaissait pas alors cette construction ? Peut-être la Chambre de Commerce a-t-elle entendu exprimer une objection de principe à l'exception introduite par rapport au principe d'unicité du patrimoine soutenu par la doctrine française (Aubry & Rau) mais, précisément, dans la hiérarchie des sources du droit, la doctrine occupe la dernière position et, par conséquent, ne vaut que tant que la loi ou la jurisprudence ne la tiennent pas en échec. Or c'est précisément ce que vient de faire le législateur français avec l'introduction de l'EIRL. Ce fut également l'intention du gouvernement luxembourgeois lorsqu'il proposa l'introduction de la technique de transfert de patrimoine professionnel. En outre la Chambre de Commerce ne fournit aucune raison s'opposant à ce qu'une personne physique puisse user d'une technique dont elle dispose désormais en sus de la traditionnelle cession de commerce.

Nonobstant l'opposition de la Chambre de Commerce les dispositions en matière de transfert de patrimoine professionnel font partie du droit positif luxembourgeois depuis 2007 mais demeurent, à notre connaissance, largement méconnues de la pratique. L'introduction de l'EIRL en France amènera peut-être les praticiens à y accorder davantage d'attention. Dans l'analyse qui suit nous comparerons les dispositions françaises relatives au transfert du patrimoine affecté aux dispositions luxembourgeoises visant le transfert de patrimoine professionnel.

⁶⁶ Avis de la Chambre de Commerce, *Doc. Parl.*, Ch. Députés, n° 4992-2, pp. 5-7 (en ligne sous ce lien : http://www.chd.lu/wps/PA_1_084AIVIMRA06I432DO10000000/MergeServlet?lot=J-2003-O-0652).

⁶⁷ Avis de la Chambre de Commerce, *op. cit.*, pp. 5-6.

⁶⁸ Toutefois le critère retenu pour la définition de la notion de branche d'activités (art. 308bis-3, al. 3 : « Constitue une branche d'activités un ensemble qui du point de vue technique et sous l'angle de l'organisation, exerce une activité autonome, et est susceptible de fonctionner par ses propres moyens ») comporte ses exigences propres (comme la susceptibilité de fonctionner de manière autonome) ne nous semble pas s'identifier au critère d'affectation à l'œuvre pour la composition du patrimoine professionnel (voy. les éléments de composition obligatoire et facultative définissant les contours du patrimoine affecté en droit français *supra* n° 20).

⁶⁹ Avis de la Chambre de Commerce, *op. cit.*, p. 6.

25. – La procédure de transfert du patrimoine affecté (EIRL française) versus la procédure de transfert du patrimoine professionnel (droit luxembourgeois).

Transfert du patrimoine affecté (EIRL, art. L526-17 C. com. fr.)	Transfert du patrimoine professionnel (art. 308bis-6 et suiv. L. 10 août 1915)
Cession à titre onéreux ou transmission à titre gratuit entre vifs (art. L526-17, I, C. com. fr.).	Idem : l’art. 308bis-8, paragraphe (2) se référant à l’éventuelle contre-prestation ⁷⁰ .
Le transfert envisagé ne porte que sur la <i>globalité</i> du patrimoine, ce qui n’empêchera pas le transfert d’un élément isolé du patrimoine mais en suivant en ce cas le droit commun et en procédant à une déclaration rectificative ⁷¹ .	La procédure est prévue pour le transfert de tout <i>ou partie</i> du patrimoine professionnel (art. 308bis-6, al. 1 ^{er} L. 10 août 1915).
Le transfert peut se réaliser vers une personne physique avec maintien de l’affectation. Dans ce cas le transfert donne lieu au dépôt d’une déclaration de transfert (par la personne reprenant le patrimoine : art. R123-45 C. com. fr.) au registre auprès duquel avait été effectuée la déclaration initiale. La déclaration de transfert doit être accompagnée d’un état descriptif des biens composant le patrimoine ⁷² .	Le critère d’affectation ne joue qu’en vue de délimiter le patrimoine transféré avec tous les actifs et passifs qui s’y rattachent. Par conséquent que le transfert s’effectue vers une personne physique ou une personne morale il n’implique pas un maintien d’affectation patrimoniale après le transfert. Par conséquent la différenciation opérée en droit français (ci-contre) en ce qui concerne la protection des créanciers n’a pas lieu d’être ici.
Le transfert peut également se réaliser vers une personne morale, à la suite d’une opération de cession ou d’apport, mais, dans ce cas, sans maintien de l’affectation (voy. <i>supra</i> n° 16). Il donne lieu à la publication d’un avis accompagné d’un état descriptif des biens composant le patrimoine transféré ⁷⁴ . Etant donné que la situation des créanciers change radicalement dans cette hypothèse (car ils auront alors à subir la « concurrence » des autres créanciers de la personne morale), ils (c’est-à-dire ceux dont la créance est antérieure à la date de la publicité réalisée à la suite du transfert) bénéficient d’une protection sous la forme d’un droit	Lorsque les sujets transférant <i>et</i> reprenant sont des sociétés dotées de la personnalité juridique (civiles ou commerciales) ou encore des groupements d’intérêt économique et que les associés du sujet transférant reçoivent une contre-prestation constituée d’actions ou parts du sujet reprenant, l’art. 308bis-6, al. 2, L. 10 août 1915 opère renvoi à la procédure de scission et donc, notamment, à la protection des créanciers (droit de demander des sûretés) qui en fait partie. Dans les autres cas, les sujets transférant et reprenant concluent

⁷⁰ Voy. I. CORBISIER, « La réforme du droit luxembourgeois des sociétés », *R.P.S.*, 2009, n° 6985, pp. 271 et suiv. et spéc. n° 24.3.

⁷¹ Voy. B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n°40.

⁷² B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n°41.

⁷⁴ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n°42.

<p>d'opposition (droit existant également dans le contexte d'une opération de fusion), laquelle pourra être rejetée ou admise, se traduisant dans le dernier cas soit par un remboursement des créances soit par la constitution de garanties ⁷⁵.</p>	<p>par écrit un contrat de transfert (art. 308bis-7 L. 10 août 1915) précédé de la présentation, au sein de chacun des sujets concernés, d'un projet de transfert contenant notamment un inventaire précis des actifs et passifs transférés (art. 308bis-8 L. 10 août 1915), le projet étant publié (art. 308bis-9 L. 10 août 1915). Les organes des sujets concernés établissent également un rapport écrit détaillé expliquant et justifiant le but et les conséquences du transfert, le contrat de transfert et la contre-prestation proposée (art. 308bis-10 L. 10 août 1915). La protection des créanciers (dont la créance est antérieure au transfert de patrimoine) est assurée :</p> <ul style="list-style-type: none"> - par la règle selon laquelle les sujets transférant et reprenant demeureront solidairement tenus des passifs non attribués sur la base du projet de transfert (art. 308bis-8, paragraphe (4) L. 10 août 1915) ; - par la disposition en vertu de laquelle le sujet transférant reste solidairement obligé pendant trois ans avec le sujet reprenant de l'exécution des dettes nées avant le transfert de patrimoine (art. 308bis-11, paragraphe (1) L. 10 août 1915) ⁷³; - par la possibilité qu'ont les créanciers de demander des sûretés notamment lorsqu'ils rendront vraisemblable que la responsabilité solidaire de trois ans envisagée ci-avant ne constitue pas une protection suffisante. La fourniture de sûretés pourra être écartée par le remboursement des créances concernées (art. 308bis-11, paragraphes (3) et (5) L. 10 août 1915).
<p>Si un fonds de commerce est compris dans le patrimoine transféré, les règles et protections spécifiques prévues à</p>	<p>Le droit luxembourgeois repose sur la même orientation que le droit français : les techniques de cession de fonds de commerce et</p>

⁷⁵ Voy. B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n°s 42 et 45.

⁷³ Cette disposition, reprenant la démarche prudente du législateur suisse dans sa propre réglementation du transfert de patrimoine, assure ainsi une protection incontestablement plus étendue aux créanciers qu'il n'en est à l'occasion du transfert du patrimoine affecté d'une EIRL française. Certains ont estimé que cette prudence pourrait en l'occurrence être considérée comme excessive et que la règle pourrait par conséquent être remise en cause à la lumière de la pratique : voy. I. CORBISIER, « La réforme du droit luxembourgeois des sociétés », *op. cit.*, n° 26.1.

<p>l'occasion de la cession de commerce sont écartées au profit de l'application des règles de transfert du patrimoine affecté. « Il y a donc désormais deux régimes de la vente de fonds de commerce, selon que le fonds est cédé par suite du transfert du patrimoine d'affectation auquel il est intégré ou cédé spécifiquement, en tant qu'élément du patrimoine d'affectation, sans transfert du patrimoine lui-même. C'est seulement en ce second cas que les dispositions du code de commerce sur la vente du fonds reprendront leur empire »⁷⁶.</p>	<p>de transfert de patrimoine professionnel constituent bel et bien des techniques en « concurrence »⁷⁷.</p>
<p>En cas de décès de l'entrepreneur la loi française prévoit une alternative :</p> <ul style="list-style-type: none"> - soit la cessation de l'affectation patrimoniale ; - soit la reprise du patrimoine affecté par un héritier ou ayant-droit de l'entrepreneur décédé (art. L526-15 et L526-16 C. com. fr.)⁷⁸. 	<p>La question ne se pose pas en droit luxembourgeois car l'affectation patrimoniale ne joue qu'à l'occasion de la cession des biens. Or les ayant-droits du défunt hériteront de l'ensemble du patrimoine du défunt par l'effet des règles de dévolution successorale.</p>
<p>Conclusion comparative : les droits français et luxembourgeois en matière de cession de patrimoine présentent des solutions compatibles et harmonieuses entre elles, les différences du droit luxembourgeois s'expliquant par l'inexistence du patrimoine affecté préalablement à sa cession tandis que le droit français aménage la possibilité d'une cession du patrimoine ayant fait l'objet de la déclaration (préalable) d'affectation avec maintien de l'affectation, hypothèse qui ne nécessite pas de protection particulière des créanciers. S'agissant de la protection de ceux-ci, le droit luxembourgeois apparaît d'ailleurs plus protecteur que le droit français (par la règle de solidarité de trois entre sujets transférant et reprenant pour les passifs nés avant le transfert).</p>	

III. – La mesure de la limitation de responsabilité offerte par l'EIRL

26. – Principe d'étanchéité des patrimoines.

- En ce qui concerne les créanciers postérieurs à la déclaration d'affectation : la déclaration leur est opposable de plein droit (art. L526-12, al. 1^{er}, C. com. fr.)⁷⁹ ;

⁷⁶ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 43.

⁷⁷ L'art. 308bis-6, al. 1^{er}, L. 10 août 1915 ouvre en effet une *faculté* de recours à la technique de transfert du patrimoine professionnel. Par conséquent les opérateurs économiques demeurent libres d'avoir recours à d'autres techniques de cession, comme la cession du fonds de commerce.

⁷⁸ Voy. B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n°s 46-47.

⁷⁹ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 48.

- En ce qui concerne les créanciers antérieurs à la déclaration : opposabilité conditionnelle de la déclaration. L'opposabilité ne vaudra que si l'entrepreneur la mentionne dans la déclaration et en informe les créanciers qui auront alors la possibilité de former opposition à ce que la déclaration leur soit opposable selon une procédure calquée sur celle applicable en matière de fusion. Cette opposition n'aura pas pour effet d'interdire la constitution du patrimoine affecté (art. L526-12, al. 2 à 5, C. com. fr.)⁸⁰;
- En ce qui concerne les créanciers professionnels : leur gage est limité au patrimoine affecté (art. L526-12, al. 6, 1° C. com. fr.)⁸¹. Par ailleurs il s'est agi d'adapter le droit des procédures collectives à la situation de l'EIRL, ce droit étant en effet formulé à l'égard d'un débiteur (personne physique ou morale) et non à l'égard d'un patrimoine. Ainsi il s'agit de délimiter l'état de cessation des paiements aux seuls éléments d'actif et de passif composant le patrimoine affecté⁸². L'équation une personne = un patrimoine = une procédure collective devient, lorsqu'une personne exploite une EIRL, une personne = plusieurs patrimoines = plusieurs procédures collectives, consacrant ainsi une « patrimonialisation » de la procédure collective⁸³. Des cas de faillites propres à l'EIRL sont introduits qui ressemblent à s'y méprendre aux cas d'abus de biens sociaux⁸⁴ (art. L653-3, II, C. com. fr.⁸⁵);
- En ce qui concerne les créanciers personnels de l'entrepreneur : le patrimoine non affecté constitue leur seul gage (art. L526-12, al. 6, 2° C. com. fr.)⁸⁶

27. – Anéantissement de l'affectation patrimoniale.

- En cas de renonciation à l'affectation (art. L526-15 C. com. fr.)⁸⁷. On notera que le texte ne règle pas la question de savoir s'il serait possible pour l'entrepreneur de renoncer ponctuellement à l'affectation patrimoniale au profit d'un créancier déterminé (ex. : au profit d'une banque qui souhaiterait disposer d'un gage non cloisonné au patrimoine affecté et, par conséquent, s'étendant à l'ensemble du patrimoine du débiteur). Si une telle possibilité était admise elle ôterait une grande part de son intérêt à l'EIRL normalement destinée à sécuriser le patrimoine personnel et familial⁸⁸;

⁸⁰ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n°s 49-50 et 55.

⁸¹ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 51.

⁸² B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 53.

⁸³ P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, n°s 1 et 2.

⁸⁴ Pour cette appréciation: A. GUESMI, *op. cit.*

⁸⁵ Lequel dispose que: « Peuvent en outre, sous la même réserve, être retenus à l'encontre d'un entrepreneur individuel à responsabilité limitée les faits ci-après :

1° Avoir disposé des biens du patrimoine visé par la procédure comme s'ils étaient compris dans un autre de ses patrimoines ;

2° Sous le couvert de l'activité visée par la procédure masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt autre que celui de cette activité ;

3° Avoir fait des biens ou du crédit de l'entreprise visée par la procédure un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ».

⁸⁶ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 54.

⁸⁷ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 56.

⁸⁸ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 57.

- En cas de renonciation *avec* cessation d'activité : l'anéantissement du cloisonnement ne jouera que pour l'avenir (art. L526-15 C. com. fr.)⁸⁹ ;
- anéantissement partiel dans l'hypothèse visée *supra* n° 21⁹⁰ ;
- en cas d'affectation de certains biens, comme des biens immobiliers, des formalités particulières sont prévues (acte notarié, publicité foncière) dont l'irrespect est sanctionné par l'inopposabilité de l'affectation du bien (art. L526-9 C. com. fr.)⁹¹ ;
- anéantissement global de l'affectation patrimoniale « en cas de fraude⁹² ou en cas de manquement grave aux règles prévues au deuxième alinéa de l'article L. 526-6⁹³ ou aux obligations prévues à l'article L. 526-13⁹⁴ » (art. L526-12, al. 7, C. com. fr.)⁹⁵ ;
- par ailleurs l'art. L526-12, al. 8 C. com. fr. formule une règle « curieuse »⁹⁶ : « En cas d'insuffisance du patrimoine non affecté, le droit de gage général des créanciers mentionnés au 2° du présent article⁹⁷ peut s'exercer sur le bénéfice réalisé par l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée lors du dernier exercice clos ». Cette règle constitue en effet une négation de cloisonnement favorisant les créanciers du patrimoine non affecté ;
- Enfin des règles particulières, aboutissant à une négation du cloisonnement patrimonial, sont établies au profit du fisc ou des organismes sociaux en vue de décourager les tentatives de fraude à leurs droits⁹⁸.

Conclusion

28. – Position de la Chambre de Commerce à l'égard de l'EIRL : l'instrument est décrit⁹⁹ mais la Chambre de Commerce semble lui préférer la création d'une société¹⁰⁰. Il est vrai que l'introduction de l'EIRL répond au souhait de lutter contre le chômage en

⁸⁹ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 58.

⁹⁰ et voy. B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 59.

⁹¹ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 60.

⁹² Notamment paulienne.

⁹³ Qui vise les règles relatives à la composition du patrimoine affecté (caractère nécessaire ou utile d'une affectation et caractère exclusif de l'affectation). Ainsi il pourrait être argué que le défaut d'affectation d'un bien utilisé par l'entrepreneur, « alors qu'il est d'une valeur importante et qu'il aurait ainsi permis de sécuriser le paiement des créanciers professionnels, constitue un 'manquement grave' entraînant la responsabilité sur la totalité de ses biens et droits » (B. SAINTOURENS *in R.T.D. Com.*, 2010, *op. cit.*, n° 2).

⁹⁴ Qui vise l'obligation de tenue d'une comptabilité autonome et l'ouverture d'un compte bancaire dédié à l'activité pour laquelle le patrimoine a été affecté.

⁹⁵ B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 61.

⁹⁶ Selon l'appréciation qui en est faite par B. SAINTOURENS (*op. cit. in Rev. soc.*, n° 62) ou encore « étonnante » selon A. GUESMI, *op. cit.*, n° 2.

⁹⁷ A savoir les créanciers étrangers à l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté.

⁹⁸ Voy. B. SAINTOURENS, *op. cit. in Rev. soc.*, n° 63.

⁹⁹ Chambre de Commerce Luxembourg, « Une société à responsabilité limitée simplifiée pour soutenir la croissance », *op. cit.*, pp. 33-34

¹⁰⁰ Chambre de Commerce Luxembourg, « Une société à responsabilité limitée simplifiée pour soutenir la croissance », *op. cit.*, p. 29 : « La Chambre de Commerce via son Espace Entreprises déconseille aux créateurs et repreneurs de se lancer dans l'indépendance en nom propre, mais recommande la création de sociétés de capitaux dans la logique de l'Union européenne, qui est à l'origine de la Société à responsabilité limitée unipersonnelle, introduite dans le droit

encourageant les personnes physiques à créer leur propre emploi tout en préservant leur patrimoine personnel. Toutefois les possibilités assez nombreuses de remise en cause du cloisonnement des patrimoines peuvent susciter la question de savoir si le but est réellement atteint. Ainsi que l'observe A. Guesmi ¹⁰¹, « cette formule ne s'intéresse qu'à un certain type d'entrepreneur, bien informé et en mesure de comprendre qu'elle nécessite le respect scrupuleux de la séparation des patrimoines, spécialement en cas de procédure collective, et la poursuite de l'intérêt de l'entreprise, que l'on peut rapprocher de l'intérêt social. Or cela ne correspond sans doute pas à la cible du législateur ».

Isabelle Corbisier
Chargée de cours, Université du Luxembourg
(FDEF)
Professeur invité HEC-Ulg (Liège, Belgique)
***Of counsel*, Philippe & Partners (Luxembourg et**
Bruxelles)

communautaire en 1993. Il s'agissait d'une offre à l'attention des centaines de milliers de petits entrepreneurs qui exerçaient alors en nom propre, sans autre alternative que d'engager l'intégralité de leur patrimoine. Les responsables européens voulaient mettre fin à cette iniquité, et les raisons qui les avaient conduits à proposer ce nouveau véhicule d'entrepreneuriat n'ont rien perdu de leur cohérence aujourd'hui ».

¹⁰¹ *Op. cit.*

Colloque : LA SARL SIMPLIFIÉE (SARL-S) : UNE ALTERNATIVE SOUHAITABLE POUR LE Luxembourg OU « MIROIR AUX ALOUETTES » ? – Luxembourg, 25 mai 2011 – Contribution d'ISABELLE CORBISIER