

N° 6985

## LA RÉFORME DU DROIT LUXEMBOURGEOIS DES SOCIÉTÉS

CHAPITRE I. — Introduction. Bref rappel historique concernant le droit luxembourgeois des sociétés et genèse des récents efforts de réforme, achevés ou encore en cours

CHAPITRE II. — Trait commun des divers instruments réalisant la réforme du droit luxembourgeois des sociétés : vers la construction d'un droit commun des personnes morales de droit privé

CHAPITRE III. — Les réformes sociétaires actuellement réalisées par les lois — précitées — du 25 août 2006 et du 23 mars 2007

Section 1. — LES ORGANES DE LA SOCIÉTÉ ANONYME ET DE LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE

Section 2. — L'INTRODUCTION DE LA SA UNIPERSONNELLE

Section 3. — LES TECHNIQUES DE RESTRUCTURATION SOCIÉTAIRE

§1. *Modifications apportées au régime des fusions et scissions*

§2. *Introduction de nouvelles techniques de restructuration d'inspiration franco-belge*

§3. *Le transfert de patrimoine professionnel, d'inspiration suisse*

CHAPITRE IV. — La réforme en cours : le projet 5730 (déposé en juin 2007)

CHAPITRE V. — Conclusion

*L'objet de la présente étude consiste en une présentation synthétique des réformes récemment menées à bien ou encore à venir du droit des sociétés applicable à l'une des principales places financières européennes, à savoir le Grand-Duché de Luxembourg (1). Depuis 10 ans, le Luxembourg s'efforce de réaliser une réforme d'ensemble de son droit des sociétés. Essentiellement conçue comme une modernisation d'un droit qui était demeuré remarquablement stable par rapport à celui de ses «grands» voisins belge, français et allemand, cette réforme prend également en compte les défis de*

---

(1) Pour de plus amples détails, cons. 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 (comportant des études de Rashid BAHAR, Pierre-Henri CONAC, Isabelle CORBISIER, Alain COURET, André PRÜM, Daniel RUPPERT & Jean-Paul SPANG).

*demain, dans un contexte européen plus que jamais empreint du sceau du libéralisme (2) mais qui ne doit pas occulter la nécessaire protection des intérêts tiers.*

## CHAPITRE I. — Introduction.

### Bref rappel historique concernant le droit luxembourgeois des sociétés et genèse des récents efforts de réforme, achevés ou encore en cours

**1. — La loi du 10 août 1915.** Les sociétés commerciales (3) luxembourgeoises sont régies par la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (4) (citée ci-après : loi du 10 août 1915 ou L. 10 août 1915) telle que modifiée par la suite (5). Le texte initial de cette loi, rédigé par le professeur louvaniste Jean

---

(2) Ainsi la jurisprudence récente de la Cour de justice des communautés européennes tend à encourager une certaine mobilité des sociétés et, par conséquent, encourage l'exportation, sous la bannière de la liberté d'établissement, de modèles sociétaires empreints de liberté contractuelle. Cons. : C.J.C.E., 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Rec.*, 1999, p. I-01459 (*Centros*), *Revue*, 2000, n° 6799, p. 42, observations J.-P. DEGUÉE, « *Forum shopping* », usage ou abus de la liberté d'établissement »; 5 novembre 2002, aff. C-208/00, *Rec.*, 2002, p. I-09919 (*Überseering*); 30 septembre 2003, aff. C-167/01, *Rec.*, 2003, p. I-10155 (*Inspire Art*), *Revue*, 2003, n° 6883, p. 172, obs.; 13 décembre 2005, aff. C-411/03, *Rec.*, 2005, p. I-10805 (*Sevic*). Pour une analyse de cette jurisprudence au regard des diverses législations nationales, cons. K. VAN HULLE, K. & H. GESELL (eds.), *European Corporate Law*, PraxisEuroparecht, Baden-Baden, Nomos, 2006.

(3) Les sociétés civiles demeurent sous l'empire des art. 1832 à 1873 du code civil luxembourgeois. Contrairement au droit belge, celles-ci :

— sont dotées en règle (mais pas obligatoirement) de la personnalité juridique (art. 3, al. 1<sup>er</sup>, L. 10 août 1915)

— peuvent se transformer en une société commerciale régie par la L. 10 août 1915. Mais dans ce cas, en vertu du principe de la commercialité par la forme retenu en droit luxembourgeois, elles perdent leur nature civile et deviennent des sociétés commerciales à part entière (art. 3, al. 2 et 3, L. 10 août 1915).

(4) *Mém. A*, n° 90, 30 octobre 1915, p. 925.

(5) Une version coordonnée de cette loi a été éditée à la fin de l'année 2007 : *Sociétés commerciales*, Luxembourg, Service central de législation, 2007. Ces dispositions peuvent également être consultées en ligne : [http://www.legi-lux.public.lu/leg/textescoordonnes/compilation/recueil\\_lois\\_speciales/SOCIE-TES.pdf](http://www.legi-lux.public.lu/leg/textescoordonnes/compilation/recueil_lois_speciales/SOCIE-TES.pdf).

Corbiau (6), consistait pour l'essentiel en un décalque de la loi belge du 18 mai 1873 (7).

**2. — Depuis la fin de la seconde guerre mondiale**, le droit luxembourgeois a pris une certaine autonomie par rapport au droit belge même si ce dernier demeure toujours, encore à l'heure actuelle, une source d'inspiration privilégiée. Les raisons de cette distanciation résident, d'une part, dans l'attention accordée par le législateur luxembourgeois aux besoins spécifiques de sa place financière qui commandent, à son sens, de préserver le caractère libéral de la loi concernant les sociétés commerciales et, d'autre part, dans une philosophie différente, toujours marquée par le sceau du libéralisme, dans la mise en œuvre des textes communautaires (directives, règlements, recommandations) en matière de droit des sociétés qui ont fait florès depuis la fin des années soixante. Ainsi, par exemple, le législateur luxembourgeois a-t-il propension à faire siennes les options les moins contraignantes issues des textes communautaires et n'étend pas les règles façonnées pour les sociétés anonymes à d'autres types de sociétés comme les SARL et les coopératives.

**3. — Depuis la fin des années 70**, le législateur luxembourgeois a fait preuve d'un certain éclectisme dans l'inspiration de ses réformes : au droit belge, occupant toujours une place de choix dans ses références dans la mesure où les praticiens souhaitent pouvoir s'appuyer sur une doctrine et une jurisprudence belge plus abondantes, sont venus s'ajouter les droits français, allemand, suisse voire anglo-américain.

**4. — A la fin des années 90**, une structure appelée le laboratoire de droit économique, initialement rattachée au Centre de

---

(6) J. CORBIAU, *Des sociétés commerciales — Avant-projet de loi élaboré pour le Grand-Duché de Luxembourg*, Luxembourg, Imprimerie & Librairie de la Cour Victor Bück, 1905 (reproduit in *Loi du 10 août 1915 sur le régime des sociétés commerciales. Travaux préparatoires et documents parlementaires 1882-1915*, Luxembourg, Imprimerie de la Cour Victor Bück, 1915).

(7) Pour de plus amples détails, cons. I. CORBISIER, *Le droit des sociétés commerciales au Grand-Duché de Luxembourg, comparé aux droits belge et français*, Bruxelles, Bruylant, 2000; I. CORBISIER & A. PRÜM, «Le droit luxembourgeois des sociétés : une conception contractuelle et une personnalité morale non obligatoire», *Bicentenaire du Code de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 139 et s. Cons. également A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, Luxembourg, Saint-Paul, 2006, pp. 21-25.

Recherche Public Gabriel Lippmann, fut créée au Luxembourg. Sa mission était d'apporter à divers ministères une assistance technique à l'occasion de l'élaboration de projets de réforme en diverses matières relevant du droit économique (concurrence, commerce électronique, fiducie ...) dont le droit des sociétés. A cette époque en effet, le sentiment général était que si la loi luxembourgeoise avait bien conservé son caractère libéral, l'absence de dispositions en certains domaines voire le caractère obsolète des dispositions existantes générant une insécurité nuisible à l'essor de la place financière. Par conséquent il s'agissait d'entreprendre, au-delà des réformes parcellaires jusqu'alors suscitées par la mise en œuvre des textes communautaires, une réforme plus ambitieuse de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, laquelle devait renforcer encore l'attractivité de la place financière. Toutefois, cette réforme se devait également de s'inscrire dans l'axiome qui, depuis l'avènement de la législation sociétaire luxembourgeoise, résume celle-ci : *liberté contractuelle pour les associés, sécurité pour les tiers* (8). C'est dans le cadre du laboratoire de droit économique que l'auteur de cet article œuvra depuis 1997 sous la direction du professeur André Prüm.

**5. — Développements récents.** En 2006, le laboratoire de droit économique (qui avait été absorbé entretemps par la toute nouvelle Université du Luxembourg où il constitue l'un des deux centres de recherche spécialisés de la faculté de droit) acheva sa mission et un vaste projet de réforme n° 5730 fut déposé par le ministère luxembourgeois de la justice pour examen par la chambre des députés (9). Toutefois, au cours de la rédaction de ce vaste projet de loi, certaines réformes furent jugées plus urgen-

(8) Lettre d'A. NYSENS en réponse à la lettre de P. Eyschen datée du 30 décembre 1882, *Avant-projet de loi sur les sociétés commerciales rédigé à la demande du gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg*, Gand/Paris/Berlin/Luxembourg, H. ENGELCKE/G. PÉDONE-LAURIEL/PUTTKAMMER & MÜHLBRECHT/V. BÜCK, 1884 et reproduite in *Loi du 10 août 1915 sur le régime des sociétés commerciales. Travaux préparatoires et documents parlementaires 1882-1915*, Luxembourg, Imprimerie de la Cour Victor Bück, 1915, p. 19.

(9) Projet de loi n° 5730 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, chambre des députés, sess. ord. 2006-2007, déposé le 8 juin 2007. Ce projet est annexé à la publication précitée (*Sociétés commerciales*) du Service central de législation et peut être consulté en ligne sur le site de la chambre des députés ([www.chd.lu](http://www.chd.lu)).

tes, notamment celle ayant trait à certaines techniques de restructuration d'entreprises et le projet de loi mettant en œuvre les dispositions du règlement communautaire (CE) n° 2157/2001 du conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE). Celles-ci forment l'objet des lois suivantes :

- loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle (10),
- deux lois du 23 mars 2007 (11) (12) réformant essentiellement la matière des restructurations d'entreprises.

Ces réformes présentent certainement un trait commun : celui de concourir à la construction progressive d'un droit commun des personnes morales de droit privé (*infra*, II). Nous nous attacherons ensuite à dégager les acquis essentiels des réformes actuellement réalisées (*infra*, III) et nous conclurons par quelques mots au sujet du projet 5730 actuellement en cours d'examen (*infra*, IV).

---

(10) *Mém. A*, n° 152, 31 août 2006, pp. 2683 et s.; *Doc. parl.*, 5352.

(11) 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*, n° 46, 30 mars 2007, pp. 816 et s.; *Doc. parl.*, 4992.

Cette première loi du 23 mars 2007 modifie le régime des fusions/scissions et introduit les procédures de transferts d'actifs, de branche d'activité, d'universalité et de patrimoine professionnel, la dernière institution étant inspirée du droit suisse.

(12) Loi du 23 mars 2007 portant modification des articles 271, 273bis, et 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, *Mém. A*, n° 46, 30 mars 2007, pp. 826-827; *Doc. parl.*, 5658.

## CHAPITRE II. — Trait commun des divers instruments réalisant la réforme du droit luxembourgeois des sociétés : vers la construction d'un droit commun des personnes morales de droit privé

**6. — La notion de «personnalité morale», sa dimension (nationale ou communautaire) et ses attributs.** Pour rappel la notion de personnalité morale désigne l'aptitude de certaines entités à être elles-mêmes titulaires de droits et d'obligations (13).

Cette notion ne s'impose pas comme une donnée «naturelle», ainsi qu'il en est des personnes physiques. Il s'agit d'une construction dont le contenu dépend d'un ordre juridique déterminé, généralement étatique (les sociétés, associations, fondations ou personnes morales de droit public de droit national) mais également supra étatique. Ainsi, dans l'ordre européen, le GEIE (14), la société européenne (SE) (15) et la société coopérative européenne (SEC) (16) tiennent leur personnalité juri-

---

(13) Voy. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 204 : «*La personnalité morale est un concept (...) qui désigne l'aptitude de certaines entités à être elles-mêmes titulaires de droits et d'obligations. Ces entités, autres que les personnes physiques, sont déterminées de manière générique ou individuelle par le législateur, s'insèrent ou non dans des modèles préétablis, comportent ou non des membres, et doivent pouvoir être identifiées dans le commerce juridique par un nom, un domicile ainsi que le rattachement à un ordre juridique déterminé*».

(14) Voy. la loi du 25 mars 1991 portant diverses mesures d'application du règlement CEE n° 2137/85 du conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE) (*Mém. A*, n° 20, 11 avril 1991, p. 459; *Doc. parl.* 3435), laquelle met en œuvre les dispositions du règlement (CEE) n° 2137/85 du conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE), *J.O.C.E.*, n° L 199, 31 juillet 1985.

(15) Voy. la loi, précitée, du 25 août 2006 qui, notamment, met en œuvre le règlement (CE) n° 2157/2001 du conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *J.O.C.E.*, n° L 294, 10 novembre 2001.

(16) Voy. le règlement (CE) n° 1435/2003 du conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), *J.O.C.E.*, n° L 207, 18 août 2003. Un projet de loi de mise en œuvre est en cours d'élaboration au Luxembourg.

dique d'un règlement européen (17) et celle-ci s'étend donc aux Etats membres de l'Union Européenne et de l'Espace Economique Européen. Par conséquent, ces personnes morales sont habilitées à transférer leur siège à l'intérieur de cet espace géographique sans solution de continuité (18), particularité que les personnes morales relevant d'un droit national ne possèdent pas naturellement puisque le transfert de leur siège entraîne le plus fréquemment la perte de leur personnalité juridique selon le droit de leur Etat d'origine et la nécessité de se reconstituer en personne juridique selon la législation de l'Etat d'accueil (cette affirmation est toutefois à nuancer selon les particularités du droit national considéré).

Les traits marquants des personnes morales les plus complètement organisées par la loi est qu'il s'agit d'organisations dont l'existence a vocation à s'inscrire dans le long terme, généralement gouvernées par un principe de majorité, ces traits générant la nécessité d'assurer la préservation des intérêts des tiers et des associés/membres minoritaires.

Enfin la personne juridique se voit accorder des attributs comparables à ceux s'attachant aux personnes physiques, à savoir un nom (la dénomination ou la raison sociale), un domicile (siège réel ou statutaire, *residence* ou *citizenship* dans les droits anglo-saxons) et une nationalité (le rattachement à un droit applicable qui voit s'opposer, quant au facteur de rattachement retenu, les tenants du siège réel/administration centrale et les partisans du siège statutaire/lieu d'incorporation) (19).

---

(17) Pour la SE : voy. l'article 1, paragraphe (3), du règlement n° 2157/2001 précité; pour la SEC : voy. l'art. 1<sup>er</sup>, paragraphe (5), du règlement 1435/2003 précité. Quant au GEIE, l'art. 1<sup>er</sup>, paragraphe (3), du règlement n° 2137/85 (précité) dispose qu'il revient aux Etats membres de décider si les groupements immatriculés à leurs registres ont ou non la personnalité juridique. Les GEIE immatriculés au Luxembourg ont la personnalité juridique en vertu de l'art. 1<sup>er</sup> de la loi précitée du 25 mars 1991.

(18) Le transfert de siège est visé :

- pour le GEIE : aux articles 7, 13 et 14 du règlement précité;
- pour la SE : à l'article 8 du règlement précité ainsi qu'aux articles 101-1 à 101-17 L. 10 août 1915 introduits par la loi précitée du 25 août 2006.

(19) Pour le rappel des grandes orientations prises en droit comparé quant au facteur de rattachement permettant de déterminer la nationalité d'une société, cons. V. SIMONART, *op. cit.*, n° 182 et s. En outre, voy. *infra*, n° 8.1.1.

## 7. — L'acquisition de la personnalité morale en droit privé luxembourgeois.

**7.1. — La théorie dite de la «libre constitution» et son encadrement légaliste.** Le droit luxembourgeois des sociétés conserve de son héritage belge (20) la caractéristique selon laquelle la personnalité morale des sociétés commerciales auxquelles la loi du 10 août 1915 (art. 2) reconnaît une telle personnalité naît dès la conclusion du contrat de société. Il s'agit, en matière d'acquisition de la personnalité morale, d'un système dit «de libre constitution» se distinguant d'un système dit de «formalisme» (subordonnant la naissance de la personnalité juridique à l'accomplissement d'une formalité : il s'agit du système désormais appliqué en Belgique depuis la loi du 13 avril 1995) ou d'un système dit de «concession» (faisant dépendre l'acquisition de la personnalité juridique d'un acte discrétionnaire de l'Etat ou d'une autre autorité, pratiqué notamment aux Pays-Bas) (21).

Le Luxembourg ne compte d'ailleurs pas suivre le droit belge qui, par la loi du 13 avril 1995, a abandonné le système de la libre constitution pour un système formaliste (subordonnant la naissance de la personnalité juridique au dépôt de l'acte constitutif (22)). Effectivement les particularités de la place financière luxembourgeoise rendent appréciable la rapidité avec laquelle peuvent commencer à fonctionner les personnes morales naissant de la conclusion du contrat de société (23).

---

(20) Pour le rappel des origines historiques du droit luxembourgeois des sociétés qui, initialement, constituait un décalque presque à l'identique du droit belge, cons. I. CORBISIER, *Le droit des sociétés commerciales au Grand-Duché de Luxembourg, comparé aux droits belge et français*, Bruxelles, Bruylant, 2000; I. CORBISIER & A. PRÜM, «Le droit luxembourgeois des sociétés : une conception contractuelle et une personnalité morale non obligatoire», *Bicentenaire du Code de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 139 et s. Cons. également A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, Luxembourg, Saint-Paul, 2006, pp. 21-25.

(21) Sur ces divers systèmes d'acquisition de la personnalité morale, cons. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, op. cit., n<sup>os</sup> 80 et s.

(22) Voy. les art. 2, §4, et 68 du code belge des sociétés.

(23) Cet attachement du Luxembourg à la théorie de la libre constitution fut rappelé par le professeur P. Van Ommeslaghe à l'occasion de l'avis qu'il rendit à propos du projet de loi ayant abouti à la loi luxembourgeoise du 23 novembre 1972 transposant la première directive européenne en matière de droit des sociétés (à propos des effets de la publicité) : «*Le droit luxembourgeois reste fidèle à sa*



Plus fondamentalement le droit luxembourgeois des sociétés peut être qualifié d'illustration topique d'une conception contractuelle (s'opposant à une conception institutionnelle) des sociétés en ce que son système de libre constitution va de pair avec une vision légaliste (également appelée théorie de la fiction) de la personnalité morale en vertu de laquelle les groupements ne peuvent l'obtenir que par l'adoption d'une forme sociale pour laquelle la loi prévoit cette caractéristique (24).

La doctrine luxembourgeoise a fort tôt mis en avant cette conception légaliste de la personnalité juridique. Ainsi selon L. Metzler, «*Le rôle de l'Etat en la matière [celle de la reconnaissance de la personnalité juridique, n.d.l.r.], n'est pas de créer, mais de reconnaître l'attribut de la personnalité morale (...) La personnalité est un bienfait de la loi. La personne morale ne peut naître et exister qu'avec l'assentiment du législateur, exprimé dans une loi organique générale ou dans quelque loi particulière*» (25) (26) (27).

*tradition selon laquelle une société dotée de la personnalité morale existe dès que les parties l'ont constituée, indépendamment de toute condition de forme (mais sous réserve d'une nullité lorsque l'acte n'est pas constaté par écrit) et indépendamment de toute publication. L'accomplissement des formalités de publicité n'est donc pas, suivant le nouveau texte, une condition de la naissance de la personnalité de la société et les règles antérieurement en vigueur conservent toute leur valeur à ce propos. Cette solution est d'ailleurs celle qui se concilie le mieux, à notre avis, avec les besoins de la pratique; elle permet à la société d'accomplir dès sa constitution des actes juridiques avec ceux qui sont disposés à reconnaître son existence, ce qui réduit considérablement les difficultés sérieuses créées par la théorie des actes accomplis par une société en cours de formation*» (Projet de loi n° 1496, chambre des députés, sess. ordinaire, 1970-1971, pp. 56-57).

(24) Cons. à cet égard V. SIMONART, *op. cit.*, spéc. n°s 76, 406, 650.

(25) L. METZLER, «La personnalité morale et ses limites dans la législation luxembourgeoise», *Pas. Lux.*, I, 1950, pp. 1 et s. et spéc. pp. 2 et 6 (souligné par nous).

Voy. également L. METZLER, «La personnalité morale — son fondement juridique — ses applications — ses limites», *Mélanges de droit luxembourgeois*, Bruxelles/Luxembourg, Bruylant/Imprimerie de la Cour Joseph Beffort, 1949, pp. 266 et s. et spéc. p. 266 : «*Le principe que l'autorité publique peut seule conférer à un groupement la personnalité civile n'est énoncé par aucun texte de loi formel; mais il découle nettement d'un grand nombre de dispositions (...)*»

Dans le même sens : C. DELVAUX, *La société anonyme*, syllabus, Luxembourg, 2000, p. 63.

(26) Dans le même sens, voy. M. ELVINGER & D. SPIELMANN, «Rapport luxembourgeois», *Les groupements*, Travaux de l'association Henri Capitant, T. XLV, Paris, Litec, 1996, pp. 99 et s. et spéc. pp. 103-104 : «*Les juridictions judiciaires luxembourgeoises décident (...) régulièrement que les groupements n'ont*

**7.2. — Fidèle à une conception classique appréhendant la société en tant que contrat et la personnalité morale comme une fiction (légalisme), le droit luxembourgeois ne fait pas de la personnalité morale un attribut obligatoire.** On sait que la Belgique, à l'époque où elle adhérait à la théorie de la libre constitution en matière d'acquisition de la personnalité morale (supplantée par une conception formaliste à la suite de la loi du 13 avril 1995), avait rencontré quelques problèmes avec la «théorie des cadres légaux obligatoires» telle que formulée à la suite d'un arrêt du 17 mai 1968 de la Cour de cassation belge (28).

---

*pas la personnalité juridique de par le seul fait de leur existence mais ne peuvent obtenir la personnalité juridique pleine et entière que par une attribution individuelle résultant de la loi ou par l'adoption de l'une des formes sociales prévues par la loi».*

(27) La jurisprudence luxembourgeoise porte également qu'un groupement ne peut acquérir la personnalité juridique que par l'acquisition d'une forme sociale pour laquelle la loi prévoit cette caractéristique : trib. arr. Luxembourg, 13 juillet 1973, *Pas. lux.*, vol. 22, p. 450. Voy. également, à propos d'une espèce concernant une association, Cour supérieure de justice du 28 mars 1984 (R. n° 7542) en un attendu intéressant car semblant avoir vocation à s'appliquer à tout groupement (concept non limité aux seules associations) : «*En droit privé les associations ou groupements même reconnus, n'ont pas la capacité d'ester en justice par le seul fait de leur existence. Ils ne peuvent obtenir la personnalité juridique que de l'une des manières suivantes : 1) la personnalité juridique leur est attribuée par la loi d'une manière individuelle, 2) elle leur est acquise s'ils adoptent régulièrement l'une des formes sociales prévues par la loi (...)*» (souligné par nous).

(28) Cass. (chambre plénière), 17 mai 1968, *Revue*, 1968, n° 5432, avec la reproduction de l'avis du premier avocat général ff. de procureur général GANS-HOF VAN DER MEERSCH et note. Rétroactes : Liège, 28 mars 1963, *Revue*, 1963, n° 5165, obs.; Bruxelles, 13 février 1967, *Revue*, 1967, n° 5362, obs. Voy. également K. GEENS, «200 jaar vennootschapsrecht in vogelvucht», *Bicentenaire du Code de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 91 et s., spéc. n°s 7 et s.

Rappelons que dans l'espèce qui aboutit *in fine* à cet arrêt de la Cour de cassation belge, deux personnes physiques exerçaient une activité commerciale conjointe; ils avaient pris un numéro au registre de commerce et utilisaient un papier à lettre mentionnant une raison sociale. Ils assignèrent des débiteurs en paiement de factures impayées mais se virent opposer une fin de non recevoir par les dits débiteurs faisant valoir que ceux-ci n'avaient pas traité avec les demandeurs mais avec une société en nom collectif dont la personnalité est distincte de ses associés. La Cour s'exprima en ces termes :

«Attendu qu'il ressort de l'arrêt attaqué sans qu'il soit critiqué de ce chef, d'une part, que les demandeurs exercent ensemble le commerce sous une raison sociale, d'autre part, qu'aucun acte écrit n'a constaté l'existence d'un contrat de société;

Attendu que l'activité ainsi exercée par les demandeurs entre dans le cadre de l'institution juridique créée par l'article 15 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales;

Cette théorie déniait tout rôle à la *volonté* quant à l'attribution de la personnalité morale : la fiction légaliste de la personnalité morale se retournait contre la volonté des parties qui aurait pu être de ne *pas* créer une personne morale. L'institution était donc plus forte que le contrat. Cette théorie fut critiquée (29) en ce qu'elle était susceptible de générer des conséquences passablement inéquitables : *«Un associé d'une SNC irrégulière ne pouvait pas assigner en son propre nom à défaut de qualité pour ce faire (art. 17 du code judiciaire) mais il ne pouvait pas davantage agir au nom de sa SNC parce que l'acte constitutif — par ailleurs inexistant sous une forme écrite — n'avait pas été déposé (art. 11 des anciennes lois coordonnées sur les sociétés ... (30)). Dans la mesure où l'action se heurtait soit à une exception d'absence de fondement (art. 17 code judiciaire) ou de non recevabilité (art. 11 [des lois coordonnées sur les sociétés]), la seule solution consistait à régulariser la société et à réassigner ensuite, dans l'espoir que l'action n'ait pas été frappée de prescription ou déchéance»* (31).

Cette théorie des cadres légaux obligatoires s'avérait problématique non pas en tant qu'elle décrétait que la poursuite en commun d'une activité commerciale réunissant les conditions de fond du contrat de société devait se couler dans l'un des moules sociétaires préétablis par la loi régissant les sociétés commerciales mais en ce qu'elle revenait à imposer quasi systématiquement la personnalité juridique pour tout contrat voyant des parties collaborer sur un pied d'égalité en vue de la réalisation d'un but commun d'ordre commercial. Ainsi non seulement les «petits» commerçants tels que visés par l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt précité de la Cour de cassation belge — qui avaient créé entre eux ce qui était

---

Que dès lors que les conditions énoncées audit article 15, jointes à celles qu'exige tout contrat de société, sont réunies, **une société en nom collectif existe par la volonté du législateur**;

Que pareille société forme une individualité juridique distincte de celle de ses associés;

**Que la personnalité morale est la conséquence qu'attache la loi à l'existence d'une société commerciale qui répond à la définition légale et, partant, que son attribution est soustraite à la volonté associés** (souligné par nous).

(29) I. CORBISIER, «Pour une nouvelle dimension contractuelle et une personnalité juridique non obligatoire en droit des sociétés», rapport aux XIV Journées d'Etudes Juridiques Jean Dabin, 1992, n<sup>os</sup> 20 et s.

(30) Cette disposition a disparu de l'actuel code belge des sociétés.

(31) K. GEENS, «200 jaar vennootschapsrecht in vogelvlucht», *op. cit.*, n<sup>o</sup> 8.

communément appelé une «société de fait» ou encore «créée de fait» selon la terminologie française(32), c'est-à-dire un groupement pour lequel ils n'avaient pas consciemment recherché une forme dotée de la personnalité juridique — étaient-ils victimes des règles procédurales précédemment évoquées mais aussi des opérateurs économiques d'une certaine importance se voyaient-ils empêchés d'adopter une forme contractuelle simple pour leurs accords de *joint venture* sous peine de voir ceux-ci éventuellement requalifiés de société en nom collectif irrégulière — ce qui amenait nombre d'entre eux à recourir à une forme sociétaire complexe, telle la société anonyme (fréquemment retenue car internationalement (re)connue), peu adaptée à leurs besoins. La personnalité morale en devenait *obligatoire* (33) (34).

---

(32) La société créée de fait est, en droit français, dépourvue de la personnalité juridique (car elle emprunte son régime à la société en participation elle-même dénuée de la personnalité morale).

(33) M. COIPEL, «Suggestion de loi en vue de mettre fin à l'acquisition obligatoire de la personnalité morale par les sociétés à objet commercial», *Mélanges de suggestions de lois en hommage à Pierre Harmel*, Université de Liège 1992.

(34) Sur la théorie des cadres légaux obligatoires en droit belge, voy. également : J. HEENEN, «Société en nom collectif et société de fait», note sous cass., 18 mars 1954, *R.C.J.B.*, 1955, pp. 31 et s. et spéc. pp. 36-37; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. I<sup>er</sup>, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 145 («Ceux qui veulent s'associer d'une manière durable et ostensible pour 'faire le commerce' doivent (...) constituer une société conforme à l'un des cadres tracés par la loi, dotée de la personnalité juridique et ayant un patrimoine propre. Le domaine de la libre association entre commerçants est ainsi étroitement limité : la liberté des conventions ne reste entière que pour la société momentanée et la société occulte, avec des participants ignorés du public»); P. VAN OMMESLAGHE, «Les sociétés de fait», *J.T.*, 1957, pp. 709 et s.; ID., «Les sociétés de fait en droit belge», *Travaux de l'association Henri Capitant*, T. XI, Paris, Dalloz, 1957, pp. 158 et s.; J. VAN RYN & P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1954 à 1956) — Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1958, pp. 59 et s. et spéc. n° 11; F. VAN DER MENSBRUGGHE, «Des sociétés constituées sans acte écrit ou dont l'acte constitutif n'a pas été publié», *Revue*, 1957, n° 4663; ID., Observations sous Gand, 18 décembre 1957, *Revue*, 1959, n° 4819, pp. 124 et s.; J. VAN RYN & P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1957 à 1960) — Les sociétés commerciales», *R.C.J.B.*, 1962, p. 384, n° 24; R. DEVRIENDT, «In verband met feitelijke vennootschappen», *R.W.*, 1963, col. 377 et s.; M. FONTAINE, «Les groupements sans personnalité juridique en droit commercial belge», *Travaux de l'association Henri Capitant*, T. XXI, Paris, Dalloz, 1974, pp. 99 et s. et spéc. pp. 104-106; A. LIMPENS, «Des sociétés constituées sans écrit», note sous cass., 17 mai 1968, *R.C.J.B.*, 1970, pp. 217 et s.; P. MARCHANDISE, «La coopération entre sociétés commerciales à la recherche d'une structure», *Le juriste dans l'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 375 et s. et spéc. pp. 385 et s.; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, op. cit., n°s 377 et s.; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, T. I<sup>er</sup>, Diegem, Kluwer, 1996, n°s 653 et s.

En droit luxembourgeois, tous les éléments seraient théoriquement présents pour qu'une théorie des cadres légaux obligatoires «à la belge» (c'est-à-dire celle existant avant la loi du 13 avril 1995) y sortisse ses effets, en ce compris la disposition qui, dans la loi du 10 août 1915, frappe d'irrecevabilité l'action en justice qui serait intentée par une société dont l'acte constitutif n'aurait pas été publié (art. 10, al. 3, L. 10 août 1915 (35)). Mais la jurisprudence de la cour d'appel décreète clairement que la société de fait n'est pas dotée de la personnalité juridique. Dans un arrêt du 20 mars 1991 (R. n° 11451), cette cour répond en ces termes à une argumentation selon laquelle une société de fait se serait établie entre les parties originelles d'une SARL après que celle-ci avait été dissoute à la suite de la réunion de toutes les parts entre les mains d'un seul associé (36) : «*Le terme 'société de fait' s'opposant à 'société de droit' désigne en général une société qui, tout en étant valable comme contrat, ne jouit pas, pour une raison quelconque, de la personification civile*» (37).

Dès lors la conception luxembourgeoise de la théorie des cadres légaux obligatoires est la suivante : elle impose certes aux parties de se couler dans l'un des moules sociétaires énoncés à l'art. 2, L. 10 août mais sans que pour autant cette contrainte implique l'acquisition de la personnalité juridique (38).

**7.3. — De l'existence, en filigrane du droit luxembourgeois des sociétés, d'une société de droit commun dénuée de la personnalité juridique pour la poursuite d'objets tant civil que commercial.** Le droit luxembourgeois n'évoque pas de société de droit commun comparable à celle qui existe en

(35) Disposition qui comme son équivalent belge (ancien art. 11 des lois coordonnées sur les sociétés) a résulté de la transposition (par la loi du 23 novembre 1972) de la première directive communautaire 68/151 du 9 mars 1968 en matière de droit des sociétés.

(36) L'espèce est antérieure à l'article, paragraphe (2) de la loi du 10 août 1915 disposant que «[l]a réunion de toutes les parts entre les mains d'une seule personne n'entraîne pas la dissolution de la société».

(37) Souligné par nous. Voy. également Cour, 26 février 1901, *Pas.*, 5, p. 517 citée par A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, op. cit., n° 627.

(38) Cette conception apparaît également en filigrane dans le *Précis de droit des sociétés* d'A. STEICHEN (cons. spéc. les n°s 221 et 626-627 et notre analyse in «Les lignes de force des récentes réformes : vers un droit commun des personnes morales de droit privé», *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, op. cit., pp. 13 et s., spéc. n° 3.2).

droit belge depuis la loi du 13 avril 1995 (39). Toutefois force nous est de constater, à l'issue de nos investigations, que cette société de droit commun apparaît bel et bien comme en filigrane du droit positif, même si elle n'affirme pas son existence au grand jour.

D'une part, la *société de fait* à objet commercial se voit appliquer, quant à la responsabilité de ses associés, les règles de la société en nom collectif sans que celle-ci dispose de la personnalité morale (40). Or, en droit belge, la société de droit commun à objet commercial se voit, en vertu de l'article 2, §4, du code belge des sociétés, appliquer la règle de la responsabilité solidaire des associés prévue à l'art. 204 du même code pour les associés en nom collectif.

D'autre part, il existe bien, en dépit du libellé de l'art. 3, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 10 août 1915, des sociétés civiles sans personnalité juridique (41). Les associés des sociétés civiles dénuées de la personnalité morale sont responsables de manière illimitée mais conjointement (art. 1862 et 1863 du code civil).

Quoique dénuées de la personnalité juridique, les sociétés de fait n'en jouissent pas moins d'une capacité passive d'ester en justice (42). On observera d'ailleurs au passage que tel semble

---

(39) La consécration de la société de droit commun (visée aux art. 46 et s. du code belge des sociétés) est la résultante de l'«abolition», par cette loi du 13 avril 1995, de la théorie des cadres légaux obligatoires : désormais les sociétés n'ayant pas procédé au dépôt requis en vue de faire naître leur personnalité juridique sont des sociétés de droit commun dénuées de la personnalité morale (art. 2, §1<sup>er</sup> et 4, code des sociétés).

(40) Voy. A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, op. cit., n<sup>os</sup> 626-627.

(41) Pour de plus amples détails, cons. I. CORBISIER, «Les lignes de force des récentes réformes : vers un droit commun des personnes morales de droit privé», op. cit., n<sup>o</sup> 3.3.

(42) A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, op. cit., n<sup>o</sup> 627 : «La société de fait n'ayant pas la personnalité juridique, elle ne pourra agir en justice en tant que demandeur. Règle certes logique mais qui, appliquée strictement, causerait des difficultés aux créanciers, car ceux-ci devraient du coup assigner en justice chacun des associés personnellement. Aussi, afin d'éviter que la société de fait ne puisse prendre prétexte de l'inexistence de sa personnalité juridique pour se soustraire à ses dettes sociales, la jurisprudence permet-elle que la société de fait soit assignée en la personne de ses représentants. La société de fait a donc la capacité passive d'ester en justice».

également le cas des associations (sans but lucratif) de fait qui ne jouissent pas non plus de la personnalité juridique (43).

Quant aux *sociétés irrégulières*, c'est-à-dire celles qui auront tenté de se constituer selon l'un des types nommés de l'art. 2 de la loi du. 10 août 1915 mais qui n'auront pas procédé aux publications requises par l'art. 9, §1<sup>er</sup>, de cette même loi, elles n'en

---

(43) Sur l'absence de personnalité juridique des associations (sans but lucratif) de fait : voy. trib. arr. Luxembourg, 31 octobre 1928, *Pas. lux.*, vol. 12, 186 et C.E., 28 mai 1984, 26, 131.

Sur la capacité passive d'ester en justice de ces associations, voy. J.P. Luxembourg, 12 avril 1895, *Pas.*, vol. 3, 512 : une action en justice est intentée contre une association de secours mutuel dénuée de la personnalité juridique en la personne de son président. Les membres de l'association contestent cette action au motif que l'association ne pouvait être traduite en justice en la personne de son président étant donné qu'elle n'est pas dotée de la personnalité juridique. Le juge de paix repousse cet argument au motif que les statuts de l'association, disposant que le président ou son représentant représente l'association dans tous les cas, porteraient renonciation à pouvoir se prévaloir de la maxime «Nul ne plaide par procureur». Dans le même sens, récemment, Cour d'appel, 7 juillet 1992, R. n° 13925 : (examinant la question de la capacité passive de l'Eglise protestante, groupement dénué de la personnalité morale) «*Attendu que l'affirmation de l'appelante sur incident Eglise Protestante, suivant laquelle un groupement de personnes non doté de la personnalité juridique ne pourrait défendre en justice, est trop absolue; qu'une société de fait ne peut trouver dans le vice de sa constitution et dans la circonstance qu'elle s'est soustraite au contrôle officiel une immunité refusée aux sociétés régulièrement organisées face à l'action d'un tiers engagé avec elle ou lésé par sa faute (...) que la majorité des auteurs et de la jurisprudence française apportent une atténuation au principe de l'incapacité d'ester en justice des groupements de personnes non constitués ou non autorisés, lorsqu'il s'agit de leur capacité passive (...) que cette solution est imposée par les nécessités pratiques et le souci de déjouer une manœuvre trop commode qui, de la part d'un groupement de personnes, consisterait à prendre prétexte de son inexistence juridique pour se soustraire à certains engagements contractés en fait, de sorte qu'on admet, même si la solution est curieuse et si la logique paraît écartée, qu'un groupement dépourvu de toute personnalité peut être assigné en la personne de ses représentants; que dans le silence des textes la reconnaissance de la personnalité juridique par les tribunaux est possible pourvu qu'on ne puisse hésiter sur l'existence d'intérêts collectifs d'une part et sur la possibilité d'une expression collective organisée de ces intérêts d'autre part (...)*»; Cour d'appel, 13 mai 1997, R. n° 20478 (à propos de l'action dirigée contre un syndicat) : «*(...) s'il est un fait acquis que le syndicat (...) est dépourvu de la personnalité juridique, de sorte qu'en vertu des principes régissant la capacité d'ester en justice, il faudrait, logiquement, lui dénier la capacité d'ester en justice non seulement quand il est demandeur mais aussi quand il est défendeur, il n'en reste pas moins que, pour satisfaire à des nécessités pratiques, l'opinion actuellement dominante en jurisprudence et en doctrine et à laquelle la Cour se rallie, admet qu'un groupement dépourvu de toute personnalité a néanmoins la capacité passive d'ester en justice et peut être valablement assigné en la personne de ses représentants (...)*».



bénéficieront pas moins, en vertu du régime de libre constitution décrit ci-dessus, de la personnalité juridique mais les tiers bénéficient du régime d'opposabilité énoncé à l'article 10, §3, de cette loi du 10 août 1915 (qui procure à ceux-ci la possibilité de choisir entre soit se prévaloir de l'existence de la société soit la méconnaître et dès lors considérer qu'ils avaient traité avec une société en nom collectif soit avec les associés individuellement). En outre l'action en justice de cette société sera irrecevable (art. 10, al. 3, L. 10 août 1915).

Tout se passe donc comme si les praticiens du droit luxembourgeois avaient en tête l'affirmation de L. Metzler selon laquelle :

*«J'ai dit que l'exercice du droit d'association n'engendre pas comme tel la naissance de la personnalité morale.*

*Nombreux sont, en effet, les cas où les associés, pour des raisons dont ils sont seuls juges renoncent à l'avantage de la personnification»* (44).

Ainsi même s'il est extrêmement aisé — en raison du régime de la libre constitution — d'acquérir la personnalité juridique au Luxembourg pour des sociétés tant civiles que commerciales (45), il faut néanmoins laisser aux *parties contractantes* la latitude de renoncer à cette personnalité juridique. On peut néanmoins regretter l'inexistence d'un régime en bonne et due forme pour une «société de droit commun» en droit luxembourgeois. En effet cette absence ne facilite pas la lecture de celui-ci au regard de son système d'acquisition de la personnalité juridique ...

**8. — Les enjeux majeurs des sociétés-personnes morales en droit luxembourgeois : ancrage et rayonnement.** Le Grand-Duché de Luxembourg constitue un territoire exigu mais qui, en raison des particularités de sa place financière et de son environnement fiscal, attire un grand nombre d'opérateurs étrangers. Ceux-ci doivent se voir garantir l'ancrage effectif de

---

(44) L. METZLER, «La personnalité morale et ses limites dans la législation luxembourgeoise», *op. cit.*, spéc. pp. 10 et 38.

(45) Pour les exceptions au système de libre constitution au Luxembourg (groupements pour lesquels la naissance de la personnalité juridique dépend de l'accomplissement d'une formalité), cons. I. CORBISIER, «Les lignes de force des récentes réformes : vers un droit commun des personnes morales de droit privé», *op. cit.*, n° 3.5.



leur société au Luxembourg (*infra*, n° 8.1). Par ailleurs, le Grand-Duché de Luxembourg doit se doter des techniques permettant d'assurer le rayonnement de ses personnes morales sur voire au-delà de son territoire (*infra*, n° 8.2).

## 8.1. — L'ancrage.

**8.1.1. — Les modifications aux articles 2, alinéa 3 (46), et 159, alinéa 1<sup>er</sup> (47), de la loi du 10 août 1915 introduites par la loi (précitée) du 25 août 2006.** On notera, pour ces deux dispositions, la substitution de la notion d'«administration centrale» à celle de «principal établissement» auparavant inscrite dans les textes. Cette démarche résulte de l'approche légistique principalement retenue par la loi du 25 août 2006, à savoir l'intégration dans la loi du 10 août 1915 aux fins de plus grande lisibilité des dispositions constituant le statut de la société européenne (SE) tel qu'il se dégage du règlement (CE) n° 2157/2001 (48). C'est ainsi que la notion d'«administration

(46) «Le domicile de toute société commerciale est situé au siège de l'administration centrale de la société. L'administration centrale d'une société est présumée, jusqu'à preuve du contraire, coïncider avec le lieu du siège statutaire de la société.»

(47) «Toute société dont l'administration centrale est située au Grand-Duché, est soumise à la loi luxembourgeoise, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger.»

(48) Projet de loi 5352, chambre députés, sess. ord. 2003-2004, 30 juin 2004, *Exposé des motifs*, p. 30 : «Le texte proposé ne se cantonne toutefois pas à une mise en œuvre minimaliste du règlement et s'inscrit davantage dans une optique d'intégration des règles s'appliquant à la SE soumise au droit luxembourgeois dans le corps de droit interne régissant les sociétés anonymes. Sur le plan légistique, il est effectivement apparu que les mesures visant à mettre en œuvre les dispositions du règlement gagneraient à être intégrées dans la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. En effet, si l'on souhaite par exemple synthétiser ce qu'est une SE, on dira que la SE est largement assimilable à une SA du droit national de l'Etat de son siège statutaire soumise à quelques dispositions communautaires spécifiques (notamment quant à ses procédés de constitution) et disposant de la faculté de transférer son siège statutaire — et donc de changer de loi applicable — à l'intérieur de l'espace juridique européen sans perte de sa personnalité juridique. Le règlement SE est en outre éminemment technique, à tel point que l'instrument «SE» n'apparaît pas très «visible» dans ses particularités dans le texte même du règlement, ce qui rend sa mise en œuvre concrète relativement délicate. Il est donc proposé que la section IV qui, dans la loi du 10 août 1915, est intitulée «Des sociétés anonymes» reçoive un nouvel intitulé : «Des sociétés anonymes et des sociétés anonymes européennes» et comprenne à la fois les dispositions techniques dont le règlement impose l'adoption par les Etats membres et les dispositions touchant davantage à la structure de la SE dont le règlement postule également l'adoption. Pour le reste, la SE étant soumise au droit applicable à la SA pourvu qu'elle ait son siège sta-

centrale» utilisée par le règlement européen (49) a été substituée à celle de «principal établissement».

La question venant immédiatement à l'esprit est de savoir si le contenu de la notion d'«administration centrale» est bien le même que celui exprimé par le concept de «principal établissement».

En réalité les notions de «principal établissement» et d'«administration centrale» apparaissent, en droit des personnes morales, comme des notions interchangeables lorsqu'il s'agit de les utiliser pour désigner le facteur de rattachement au droit applicable (la question dite de la «nationalité» des personnes morales).

Pour rappel l'art. 48, alinéa 1<sup>er</sup>, du Traité instituant la Communauté européenne (*infra* : TCE) dispose, s'agissant du droit d'établissement reconnu aux sociétés, que : *«Les sociétés constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres»* (souligné par nous).

Cette disposition exprime la neutralité du législateur européen au regard des divers facteurs de rattachement retenus en Europe

---

tutaire au Luxembourg, l'intégralité de son régime apparaîtra donc immédiatement, clair et lisible, du fait de son intégration dans le corps même de la loi du 10 août 1915».

Voy. en outre, plus spécialement à propos de la modification des art. 2 et 159 de la loi du 10 août 1915, l'avis de la chambre de commerce (Projet 5352<sup>3</sup>, chambre des députés, sess. ord. 2005-2006, 23 décembre 2005, p. 21) : *«La chambre de commerce note que le projet de loi substitue au terme de 'principal établissement' celui d'administration centrale'. C'est en effet à cette notion que le règlement s'attache pour déterminer si des sociétés sont en droit de participer à la constitution d'une SE (en ce sens article 2 du règlement) et c'est en outre à cette notion que fait référence l'article 7 du règlement en énonçant l'obligation pour la SE d'avoir le siège statutaire et l'administration centrale dans le même pays. Le commentaire de l'article ne justifie pas autrement ce changement que par un souci d'uniformisation de la terminologie retenue dans la loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales. Il aurait en effet été inconcevable de retenir le critère de l'administration centrale pour les SE et de garder pour toutes les autres sociétés le critère du principal établissement. Le législateur luxembourgeois se voit dès lors contraint d'abandonner la notion de 'principal établissement' pour toutes les sociétés»*.

(49) Voir les art. 2, 7, 64 et 69 du règlement 2157/2001.

pour la détermination du droit national applicable aux sociétés. Cette diversité peut se résumer dans l'opposition entre les tenants de la théorie dite du «siège statutaire» — le droit applicable à la société est déterminé par la localisation de son siège social tel que désigné dans les statuts (50) — aux partisans de la théorie dite du «siège réel» pour lesquels le droit applicable à la société se détermine en fonction de la localisation du centre de direction effectif de la société (51). A cet égard la doctrine commentant l'art. 48 assimile les notions d'«administration centrale» et de «principal établissement»: toutes deux se réfèrent à la notion de «siège réel» de la société (52).

Une constatation identique résulte de l'examen de la doctrine qui, en droit international privé, examine le facteur de rattachement

(50) Cette théorie est retenue, entre autres, au Royaume-Uni, aux Pays-Bas et dans les pays scandinaves.

(51) Parmi les Etats retenant cette théorie, on citera notamment: la France, l'Allemagne, la Belgique et le Luxembourg (avec les aménagements évoqués ci-dessus au texte).

(52) Cons. notamment S. GRUNDMANN, *Europäisches Gesellschaftsrecht: eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Europäischen Kapitalmarktrechts*, Heidelberg, C.F. Müller, 2004, n° 182: évoquant les trois notions (satzungsmässiger Sitz, Hauptverwaltung, Hauptniederlassung) figurant à l'art. 48 TCE: «*Unter 'satzungsmässiger Sitz' ist im Sinne der Gründungstheorie der in der Satzung gewählte zu verstehen. Die anderen beiden Begriffe verweisen auf den effektiven Hauptverwaltungssitz*» (souligné par nous).

Voy. également les conclusions de l'avocat général DARMON dans le cadre de l'aff. 81/87 (*The Queen c. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.*, Rec., 1988, p. 5483). Evoquant le droit d'établissement résultant de l'art. 48 (alors art. 58) TCE, il s'exprime en ces termes: «*Il peut s'agir, d'autre part, de la constitution d'une nouvelle société ou du transfert du siège de l'administration centrale, souvent assimilé au siège social réel. Il y aura alors établissement à titre principal. On a pu écrire à cet égard que l'administration centrale est une notion non pas juridique mais économique*» et qu'elle «se trouve là où les organes de la société prennent les décisions qui sont essentielles pour les activités de celle-ci».

La notion d'établissement est, elle-même, essentiellement économique. Elle implique, toujours, un lien économique effectif. Le transfert du siège de l'administration centrale, comprise «par référence à des critères économiques plus que juridiques», relève du droit d'établissement dès lors qu'il s'agit de situer concrètement «le centre de gravité économique de l'entreprise». Ainsi, «la notion d'administration centrale ... correspond ... non seulement à l'implantation des services administratifs principaux, mais aussi, et peut-être surtout, au lieu d'où la société est effectivement dirigée». Le siège social réel est habituellement le lieu de l'administration centrale de la société, celui-ci étant «le lieu où sont prises les décisions relatives à l'activité indépendante, et d'où elle reçoit ses impulsions; c'est, en d'autres termes, le centre d'exercice de cette activité ...» (souligné par nous).

ment qui permet de déterminer la loi applicable (la «nationalité») à la société. Selon le professeur Rigaux, par exemple, dans son *Traité de droit international privé*, la notion de «principal établissement» (53) se réfère au siège social entendu au sens du siège réel de l'entreprise, lequel siège réel correspond à l'administration centrale de la personne morale (54) (55).

---

(53) Le «principal établissement» est, en droit belge, toujours le facteur de rattachement déterminant l'applicabilité du droit belge à une société. Voy. l'art. 110 de la loi belge du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé qui prévoit que :

«Art. 110. La personne morale est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution.

*Si le droit étranger désigne le droit de l'Etat en vertu duquel la personne morale a été constituée, le droit de cet Etat est applicable.»*

Aux termes de cette même loi, l'«établissement principal» est appréhendé de la manière suivante :

«Art. 4, §3. — (...) §3. Pour l'application de la présente loi, l'établissement principal d'une personne morale se détermine en tenant compte, en particulier, du centre de direction, ainsi que du centre des affaires ou des activités et, subsidiairement, du siège statutaire.»

(54) F. RIGAUX, *Droit international privé*, T. I<sup>er</sup>, Théorie générale, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1987, n° 137; F. RIGAUX & M. FALLON, *Droit international privé*, T. II, Droit positif belge, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1993, n<sup>os</sup> 1574 & 1591.

(55) Le glissement du 'principal établissement' à l'administration centrale ou 'siège réel' s'est opéré par l'entremise du critère du 'siège social' en France. Dans sa confrontation du siège social au lieu d'incorporation en tant que possibles facteurs de rattachement, B. Audit observe, à propos du 'siège social' : «(...) deux critères sont envisageables. L'un est le lieu d'exploitation principal, qui est celui où la personne morale manifeste le plus son activité extérieure et où elle contracte habituellement. Mais s'agissant des sociétés ayant, par hypothèse, des activités internationales, ce critère peut manquer de stabilité (...) De là l'autre critère envisagé, celui du siège social, entendu comme le lieu où s'exerce la direction effective de la personne morale, celui où résident ses organes, où se tiennent les assemblées. Il s'agit donc du siège social réel et non simplement du siège statutaire, critère qui est plus proche de l'autonomie de la volonté et de l'incorporation» (B. AUDIT, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd., Coll. Corpus Droit Privé, Paris, Economica, 2006, n° 1113, souligné par nous; voy également : Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2007, n° 707 : (après avoir évoqué le rejet par le droit français de la loi d'autonomie dans la détermination du facteur de rattachement pour les personnes morales) «C'est pourquoi notre droit coutumier s'est orienté dans une direction différente en déterminant la nationalité de la société en fonction de l'attache territoriale de l'activité sociale. C'est à propos de la localisation de cette activité sociale que des tendances divergentes se sont manifestées au sein de la jurisprudence. Mais ces divergences ont pris fin très rapidement et le siège social l'a emporté sur le centre d'exploitation qui avait eu, à l'origine, la faveur des tribunaux»).

Le critère du siège social entendu comme se référant au siège «réel» est retenu par la Cour de cassation de France en vue de déterminer la nationalité d'une per-

La loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés (56) avait d'ailleurs innové en ce que à la suite de la définition du «domicile» correspondant au «principal établissement» de la société, elle érigea le principe selon lequel le principal établissement est présumé, jusqu'à preuve du contraire, coïncider avec le lieu du siège statutaire de la société (art. 2, al. 3, L. 10 août 1915). La formulation d'une telle présomption s'explique sans nul doute par le souci de tenir compte des particularités de la place financière luxembourgeoise (57).

A vrai dire ce texte, s'inspirant de la convention européenne du 25 septembre 1995 relative aux procédures d'insolvabilité (58), n'avait rien de révolutionnaire car la jurisprudence de la Cour de cassation française pose également une présomption simple, c'est-à-dire non irréfragable, de coïncidence entre le siège statutaire et le siège réel (59). Il est vrai qu'une telle présomption

---

sonne morale (cass. civ. I, 30 mars 1971, *CCRMA, J.C.P.*, 72.17101, note OPPE-  
TIT, *R.C.* 71.451, note LAGARDE, *J.D.I.*, 72.834, note LOUSSOUARN).

Ph. Merle résume la position du droit français, qui ne se distingue pas de celle du droit belge (*supra*), comme suit : «*Le siège social est situé au lieu du principal établissement, là où se trouvent les organes de direction et les services administratifs, le centre de la vie juridique de la société. Il est donc souvent distinct du lieu d'exploitation*» (Ph. MERLE (avec la collaboration de A. FAUCHON), *Droit commercial — Sociétés commerciales*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2007, n° 83).

(56) et modifiant notamment certaines dispositions de la L. 10 août 1915 dont les art. 2 et 159 précités, *Mém. A*, n° 77, 21 juin 1999, pp. 1681 et s.; *Doc. parl.*, 4328.

(57) Ainsi la chambre des notaires fit-elle observer : «*En ce qui concerne les sociétés à activité essentiellement financière, le domicile d'une société est localisé au lieu de son principal établissement, cette dernière notion étant assimilée au centre de la direction 'où se tiennent l'assemblée générale annuelle des actionnaires et les réunions du conseil d'administration où la comptabilité est centralisée et d'où émane la correspondance de la société...', le caractère spécial de l'objet des sociétés de participations financières ayant pour conséquence sinon d'identifier, du moins de faire généralement coïncider en fait le domicile avec le siège conventionnellement stipulé par les statuts.*» (*Trib. Luxembourg 13.7.1984*)» (Projet de loi n° 4328<sup>2</sup>, *ibid.*).

(58) Cette convention n'est jamais entrée en vigueur mais sa teneur a été reprise dans le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, *J.O.C.E.*, n° L 160, 30 juin 2000. La présomption évoquée est reprise à l'art. 3, paragraphe (1), du règlement européen n° 1346/2000 (précité) qui a repris la teneur de cette convention.

(59) Cons. P. MAYER ET V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2007, n° 1048 : «*Selon la Cour de cassation, la nationalité, pour une société, résulte en principe de la localisation du siège réel défini comme le siège de la direction effective, et présumé par le siège statutaire*» (l'auteur cite cass., ass. plén., 21 décembre 1990, *Rev. crit. D.I.P.*, 1992.70, note DURANTON).

Voy. aussi : B. AUDIT, *op. cit.*, n° 1111 : «*Il y a lieu (...) de présumer, jusqu'à preuve du contraire, que le siège statutaire correspond au siège réel de la personne morale*».

constitue une solution permettant de réduire *a priori* les difficultés dans le maniement du critère de principal établissement/administration centrale, lequel réside essentiellement dans un faisceau d'indices avec un poids éventuellement différent procuré à ceux-ci selon le type de société envisagé.

Ainsi selon la chambre de commerce :

«[C]ette notion d'administration centrale ne devrait pas être interprétée de la même façon pour les sociétés en général que pour les professionnels du secteur financier. En effet, pour cette dernière catégorie, l'IML (60) avait édicté des critères de détermination de l'administration particulièrement stricts, qui se justifient pleinement au regard du contrôle prudentiel exercé par la CSSF (61) sur ces entités. Mais de telles exigences seraient trop contraignantes pour des sociétés échappant à un tel contrôle. Si ces critères trouvaient en effet à s'appliquer dorénavant à toutes les sociétés luxembourgeoises, il serait possible que certaines d'entre elles — en particulier de nombreuses sociétés de participations financières, dont l'objet social n'exige souvent qu'une infrastructure minimale sur place — seraient disqualifiées en tant que sociétés luxembourgeoises.

Pour toutes ces raisons la chambre de commerce estime que la détermination de l'administration centrale continuera à être l'affaire des juges qui procèdent à une analyse in concreto, à partir d'un faisceau d'indices constitués entre autres par le lieu d'établissement de la comptabilité centrale, des archives, des réunions des assemblées générales 'le siège de son administration' ou encore 'l'endroit où se concentre la vie intellectuelle et l'activité directrice de la société'. La chambre de commerce a conscience qu'en raison de l'internationalisation croissante des affaires des entreprises, de la tendance à l'externalisation d'un certain nombre de charges administratives traditionnellement effectuées au siège des sociétés et des possibilités offertes par les outils de télécommunications, la recherche d'un tel faisceau d'indices convergent sera dans bien des cas chose malaisée pour les juges. Il en va a fortiori ainsi pour les sociétés financières dont le seul objet est la gestion de participations, brevets ou encore d'avoirs en banque» (62).

(60) Institut Monétaire Luxembourgeois.

(61) Commission de Surveillance du Secteur Financier.

(62) Projet 5352<sup>3</sup>, *Avis de la Chambre de commerce, op. cit.*, pp. 21-22. Cette analyse est confirmée par les conclusions de l'avocat général Darmon dans ses conclusions dans l'aff. 81/87 (*Daily Mail*, précitée) : «La notion d'administration centrale est difficile à cerner. Même lorsqu'elle désigne le lieu de réunion du conseil d'administration, elle ne suffit pas à fournir un critère de rattachement satisfaisant.

En outre, on ne peut s'empêcher de percevoir les textes modifiant les articles 2 et 159 de la loi du 10 août 1915 par les lois du 31 mai 1999 et du 25 août 2006 comme l'expression d'un timide rapprochement de la théorie de l'incorporation (ou du siège statutaire). Ainsi, au cours des travaux préparatoires de la loi du 25 août 2006, la commission juridique s'exprima en ces termes à propos de l'art. 69 du règlement qui envisage l'abandon de la règle selon laquelle le siège statutaire (déterminant le droit applicable à la SE) et le siège réel ou administration centrale doivent se situer dans le même Etat en vertu de l'art. 7 du même règlement :

*«Le système prévu à l'article 7 du règlement n'est pas figé ad vitam aeternam. L'article 69 du Règlement précise en effet que dans les 5 ans de sa mise en vigueur, c'est-à-dire le 8 octobre 2009 au plus tard, la commission européenne doit présenter un rapport au conseil et au parlement européen sur l'application du règlement, portant, entre autres, sur la question 's'il convient de permettre à une [société européenne] d'avoir son administration centrale et son siège social dans deux Etats membres différents'.*

*Comme on a pu le constater, 'avec les progrès des moyens de communication, il n'est plus nécessaire d'organiser des réunions formelles du conseil d'administration. Le téléphone, le télex et le télécopieur permettent à chaque administrateur d'exposer son point de vue et de participer à la prise de décisions sans une présence physique dans un lieu donné. Les réunions du conseil auxquelles chaque administrateur participera par télévision vont entrer dans la vie quotidienne des sociétés. Le conseil d'administration peut du reste se réunir en un lieu choisi arbitrairement, sans aucune relation réelle avec le centre de décisions de la société'. Le lieu de réunion du conseil d'administration ne saurait donc, à lui seul, constituer le critère permettant dans chaque cas de désigner, à coup sûr, le siège de l'administration centrale. Cette désignation ne saurait résulter d'une appréciation juridiquement formelle, sans égard à une pluralité d'éléments de faits déterminants dont la portée respective pourrait varier selon le type de société en cause».*

Voy. également J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE & J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2003, n° 45 (évoquant les divers critères de rattachement) : «(...) les auteurs et la Cour de cassation expriment leur préférence pour le critère du siège social, le critère du contrôle apparaissant comme un critère correcteur essentiellement afin de dénier la jouissance de droits à une société de siège social français; plus réservés, d'autres relèvent la méthode 'impressionniste' parfois utilisée par la Cour de cassation qui n'hésite pas à combiner les critères précédents. De fait, si la ligne directrice est bien celle du 'siège social' (...) les critères retenus par la jurisprudence seront parfois appelés à varier selon les questions concrètes pour lesquelles le concept de national est effectivement utilisé».



**Si les institutions communautaires devaient, suite à ce rapport, faire pencher la balance plutôt en faveur de la théorie de l'incorporation, il faudra se poser la question si l'adoption d'un tel système au Luxembourg ne doit pas être envisagée** (souligné par nous) (63).

Il n'en demeure pas moins que, dans l'état des textes des art. 2 et 159 de la loi du 10 août 1915 tel qu'il résulte de la loi du 25 août 2006, la notion d'«administration centrale» (ex «principal établissement») devra être précisée au cas par cas, en fonction de l'appréciation du faisceau d'indices prédécrit, lorsque la présomption de coïncidence entre le siège statutaire et le siège réel (l'administration centrale) aura été remise en cause. A cet égard, on relèvera que la jurisprudence française confère un poids supérieur au lieu où se tiennent les réunions du conseil d'administration de la société par rapport au lieu où se tiennent les réunions de l'assemblée générale (64). D'où l'intérêt de l'adoption de l'art. 64bis, paragraphe (3), commenté ci-après.

**8.1.2. — L'article 64bis, paragraphe (3), de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales inséré par la loi du 25 août 2006.** L'art. 64bis, paragraphe (3) dispose désormais que :

*«(3) Sauf disposition contraire des statuts, le règlement intérieur peut prévoir que sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les administrateurs ou les membres du directoire qui participent à la réunion du conseil ou du directoire par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification. Ces moyens doivent satisfaire à des caractéristiques techniques garantissant une participation effective à la réunion du conseil ou du directoire dont les délibérations sont retransmises de façon continue.*

**La réunion tenue par de tels moyens de communication à distance est réputée se dérouler au siège de la société** (souligné par nous).

Cette disposition tient compte du fait que, dans un système de rattachement au droit du siège réel, la localisation d'un tel siège

(63) Projet de loi 5352/7, chambre des députés, sess. ord., 2005-2006, 5 juillet 2006, *Rapport de la commission juridique*, p. 8.

(64) Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL & P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, *ibid.*



peut s'avérer difficile et ce d'autant plus, comme on l'a vu ci-avant, que les techniques modernes de communication permettent d'assurer de véritables réunions à caractère délibératif à distance.

Selon la chambre de commerce :

*«Le texte proposé laisse ainsi toute latitude aux membres de se réunir de manière seulement virtuelle, sans devoir se poser la question juridique épineuse de la localisation de leur lieu de réunion, afin de créer ce faisceau d'indices, permettant d'établir le lieu de l'administration centrale (voy. notre commentaire sous l'article 2 (65) ci-dessus)» (66).*

Contrairement à l'affirmation émise par un intervenant au colloque *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, tenu à Luxembourg le 7 décembre 2007 selon laquelle cette disposition «*permet au conseil d'administration de choisir la nationalité de la société*» (67), c'est bien la règle exactement inverse qui est édictée à l'art. 64bis, paragraphe (3), alinéa 2 : le conseil d'administration n'aura plus à se soucier de sa localisation et surtout de l'influence que pourrait avoir cette localisation sur la nationalité de la société puisque la réunion sera réputée se dérouler au siège de la société. On peut même affirmer que l'effet de cette règle nouvelle est de renforcer le principe inscrit à l'art. 67-1, paragraphe (1), de la loi du 10 août 1915 confiant à l'assemblée, statuant à l'unanimité des associés et créanciers obligataires, le pouvoir de décider d'un changement de nationalité de la société. Le conseil d'administration ne pourra plus, par un changement ou non volontaire du lieu de ses réunions ou en se réunissant à distance, avoir d'influence sur la détermination de la nationalité de la société.

A l'occasion de son examen du projet, la chambre de commerce a estimé que le pendant d'une telle disposition aurait dû être prévu pour l'assemblée générale (68).

---

(65) L. 10 août 1915, commentaire repris dans une large part *supra*, n° 8.1.1.

(66) Projet 5352<sup>3</sup>, *Avis de la chambre de commerce*, *op. cit.*, p. 32.

(67) Ce qui serait contraire au prescrit de l'art. 67-1, paragraphe (1), lequel exige que la décision portant sur le changement de nationalité de la société soit réservée à l'assemblée générale statuant «*avec l'accord unanime des associés et des créanciers obligataires*».

(68) Projet 5352<sup>3</sup>, *Avis de la chambre de commerce*, *op. cit.*, p. 33. De fait, l'art. 70 de la loi du 10 août 1915, dans sa version révisée à la suite de la loi du 25 août 2006, permet qu'il soit fait usage de techniques modernes de communi-

En réalité le nouveau paragraphe (3) introduit à l'article 67 suffit (69) : effectivement l'assemblée générale se déroule dans la commune indiquée par les statuts (art. 70, al. 1<sup>er</sup>, L. 10 août 1915) et l'art. 67, paragraphe (3), de la loi du 10 août 1915 a pour effet d'y réputer présents les actionnaires s'exprimant à distance.

Par ailleurs le projet 5730 (juin 2007) modifie :

- l'art. 67 (art. II, 43 (70)), paragraphe (3), pour lui faire préciser que lorsque l'assemblée se tient par l'utilisation de techniques modernes de communication, un actionnaire ou son mandataire devra toutefois être physiquement présent au Luxembourg ;
- l'art. 70 (art. II, 49, dudit projet de loi) :
  - pour supprimer l'exigence que l'assemblée se tienne dans la commune indiquée par les statuts et se borne désormais à exiger que l'assemblée se tienne au Luxembourg
  - pour indiquer que : « *Lorsque, conformément à l'article 67, l'assemblée est tenue avec des actionnaires qui n'y sont pas physiquement présents, l'assemblée est réputée être tenue au lieu du siège de la société* » (71).

Ainsi l'ancrage de la société au Luxembourg sera-t-il doublement assuré :

- puisque l'assemblée est réputée se dérouler au siège de la société

---

cation lors de la tenue de l'assemblée dans les mêmes conditions que pour le conseil d'administration. Toutefois l'art. 70 ne reprend pas la précision reprise à l'art. 64bis, paragraphe (3), al. 2, de la loi du 10 août 1915 selon laquelle une telle réunion est réputée se dérouler au siège de la société.

(69) « (3) *Tout actionnaire a, nonobstant toute disposition contraire, mais en se conformant aux règles des statuts, le droit de voter par lui-même ou par mandataire. Si les statuts le prévoient, sont réputés présents pour le calcul du quorum et de la majorité les actionnaires qui participent à l'assemblée par visioconférence ou par des moyens de télécommunication permettant leur identification. Ces moyens doivent satisfaire à des caractéristiques techniques garantissant la participation effective à l'assemblée, dont les délibérations sont retransmises de façon continue* ».

(70) Projet de loi portant modernisation de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, n° 5730, chambre députés, sess. ord. 2006-2007, 3 juillet 2007, art. II, 43, p. 12.

(71) Projet de loi portant modernisation de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, n° 5730, chambre députés, sess. ord. 2006-2007, 3 juillet 2007, art. II, 49, p. 14.

— puisque, en tout état de cause, un actionnaire ou son mandataire sera présent au Luxembourg d'où il centralisera en quelque sorte la tenue de l'assemblée.

Cette matière devra par ailleurs être revue à l'occasion de la transposition de la directive n° 2007/36/CE du parlement européen et du conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées (72). Ainsi, par exemple, l'article 8 de cette directive dispose que :

*« Article 8. Participation à l'assemblée générale par voie électronique.*

*1. Les États membres autorisent les sociétés à offrir à leurs actionnaires toute forme de participation à l'assemblée générale par voie électronique, notamment une, plusieurs ou toutes les formes de participation ci-après :*

- a) transmission de l'assemblée générale en temps réel;*
- b) communication bidirectionnelle en temps réel permettant aux actionnaires de s'adresser à l'assemblée générale à partir d'un lieu éloigné;*
- c) mécanisme permettant de voter, que ce soit avant ou pendant l'assemblée générale, **sans qu'il soit nécessaire de désigner un mandataire devant être physiquement présent lors de l'assemblée.***

(...)» (souligné par nous)

Le législateur luxembourgeois n'aura aucune peine à transposer cet article : il lui suffira de retrancher du projet 5730 la modification prédécrite de l'article 67 de la loi du 10 août 1915. Ce faisant il n'affectera pas l'ancrage de la société au Luxembourg puisque la disposition localisant au siège de la société la tenue d'assemblées tenues « à distance » y pourvoira à suffisance.

## 8.2. — Le rayonnement.

Les lois récentes ont permis de renforcer le rayonnement des personnes morales de droit luxembourgeois puisqu'elles pourront désormais se restructurer entre elles sans que la forme de la société pose problème et même sans que la nationalité (étrangère) d'une des parties à l'opération puisse *a priori* y faire obstacle

---

(72) *J.O.C.E.*, n° L 184, 14 juillet 2007.

Ainsi la loi du 23 mars 2007 étend la possibilité d'avoir recours aux procédés de fusion/scission et aux autres techniques de restructuration (apport partiel d'actifs, transfert de branche d'activité ou d'universalité, transfert de patrimoine professionnel) à toutes les sociétés dotées de la personnalité en vertu de la loi du 10 août 1915 et aux groupements d'intérêt économique (régis par la loi du 25 mars 1991 relative aux GIE de droit interne) (art. 257, al. 1<sup>er</sup>; 285, al. 1<sup>er</sup>; 308*bis*-1, al. 1<sup>er</sup> et 308*bis*-6 L. 10 août 1915 introduits par la première loi du 27 mars 2007).

Par ailleurs tant le projet 4992 (73) (à l'origine de la première loi du 27 mars 2007) que le projet 5658 (74) (à l'origine de la seconde loi du 23 mars 2007) introduisent la disposition selon laquelle une société de droit luxembourgeois peut fusionner avec une société de droit étranger pour autant que le droit national de cette dernière ne s'y oppose pas (art. 257, al. 3, L. 10 août 1915 issu de la loi résultant du projet 4992). Cette loi garantit par ailleurs une sécurité pour les tiers en posant la nécessité de contrôles (art. 271, paragraphe (2), al. 2 et 4, introduits par la loi du 23 mars 2007 résultant du projet 5658), en fixant le moment de prise d'effet de la fusion par absorption d'une société de droit étranger (art. 273*bis*, paragraphe (3), introduit par la loi du 23 mars 2007 résultant du projet 5658) et en excluant que la nullité de la fusion par absorption d'une société de droit étranger puisse être prononcée (art. 276, littéra c), al. 2, introduit par la loi du 23 mars 2007 résultant du projet 5658). Ces règles précèdent la transposition de la directive n° 2005/56/CE du parlement européen et du conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (75). La transposition de cette directive fait notamment l'objet du projet de loi 5829 (76).

---

(73) Projet de loi modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, n° 4992, chambre des députés, sess. ord. 2001-2002, 25 juillet 2002, art. II, voy. notamment pp. 2, 8, 15, 24, 34 (modifications aux art. 257, 285 ayant trait aux fusion/scission et introduction de l'art. 308*bis*-6 relatif au transfert de patrimoine professionnel).

(74) Projet de loi portant modifications des articles 257, 271, 273*bis* et 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, n° 5658, Chambre députés, sess. ord. 2006-2007, pp. 2-4.

(75) J.O.C.E., n° L 310, 25 novembre 2005.

(76) Projet de loi relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital et portant transposition : — de la

La consécration de ce rayonnement pour les sociétés dotées de la personnalité juridique et les GIE rejoint celle instaurée pour les associations sans but lucratif et les fondations par la loi du 21 avril 1928 telle que modifiée par la loi du 4 mars 1994. L'art. 26-1 de cette loi permet en effet qu'une ASBL/fondation puisse transférer son siège statutaire à l'étranger sans perte de sa personnalité juridique à condition que l'Etat du nouveau siège statutaire reconnaisse la continuation de cette personnalité. Cet article garantit également la reconnaissance — sous certaines réserves — des ASBL/fondations étrangères et leur permet de transférer leur siège au Luxembourg et de se soumettre ainsi au droit luxembourgeois sans qu'il y ait pour autant acquisition d'une personnalité juridique nouvelle.

## **9. — Vers un droit commun des personnes morales intégrant la dimension transversale de la notion de personnalité juridique**

### **9.1. — Cette dimension est déjà prise en compte dans la loi du 25 août 2006 :**

- puisque désormais tant la SA (SE) que la SARL pourra revêtir un caractère unipersonnel (art. 23, paragraphe (1), al. 1<sup>er</sup>, L. 10 août 1915). La distinction entre la société (qui comporte au moins un associé) et la fondation (qui constitue un pur patrimoine d'affectation sans membre : art. 27 de la loi du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif) est préservée.
- la personne morale nommée administrateur d'une SA (SE) dans le régime moniste ou membre du directoire d'une SA (SE) dans le régime dualiste doit désormais se doter d'un représentant

---

directive 2005/56/CE du parlement européen et du conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux — de la directive 2006/68/CE du parlement européen et du conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/91/CEE du conseil en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital — de la directive 2007/63/CE du parlement européen et du conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes, n° 5829, chambre des députés, sess. ord. 2007-2008, 12 février 2008.

permanent suivant en cela les droits français et belge (art. 51*bis* et 60*bis*-4, L. 10 août 1915).

**9.2. — Elle est également prise en compte par la première loi du 23 mars 2007** puisque désormais tant les sociétés civiles que les sociétés commerciales ont accès aux techniques de restructuration que sont la fusion/scission, apport partiel d'actifs, transferts de branche d'activité ou d'universalité et transfert de patrimoine professionnel (art. 257, al. 1<sup>er</sup>; 285, al. 1<sup>er</sup>; 308*bis*-1, al. 1<sup>er</sup> et 308*bis*-6, L. 10 août 1915 déjà cités).

**9.3. — Mais elle est portée à un niveau supérieur de systématisation dans le cadre du projet 5730 (précité, déposé le 8 juin 2007) :**

a) puisqu'il permet désormais à une société commerciale de se transformer en une société civile (les deux jouissant de la personnalité juridique en vertu des art. 2, al. 2, et 3, al. 1<sup>er</sup>, L. 10 août 1915 (77)) et à une société commerciale de se transformer en GIE et vice versa. En outre, le nouveau droit formulé pour la transformation aura vocation à s'appliquer à des personnes morales autres que des sociétés. Effectivement ce projet introduit les dispositions suivantes dans la loi du 10 août 1915 :

— « Art. II. — *La loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est modifiée comme suit :*

...

2) à l'article 3 sont apportées les modifications suivantes :

...

— *il est inséré après l'actuel 5<sup>e</sup> alinéa, un nouvel alinéa rédigé comme suit :*

‘*Pourra un groupement d'intérêt économique être transformé en une société dotée de la personnalité juridique en vertu de la présente loi et inversement.*’

---

(77) Par ailleurs une société civile peut déjà, *de lege lata*, se transformer en société commerciale en vertu de l'art. 3, al. 4, L. 10 août 1915.

— il est inséré après l'actuel 6<sup>e</sup> alinéa, un nouvel alinéa doté du texte suivant :

*‘Les dispositions de la présente loi relatives à la transformation sont également applicables à la transformation de personnes morales autres que des sociétés dans l’une des formes de sociétés dotées de la personnalité juridique en vertu de la présente loi, dans la mesure où les lois particulières relatives à ces personnes morales le prévoient et dans le respect des dispositions spéciales de ces mêmes lois particulières.’* (78)

— une section XV<sup>quater</sup> régissant les transformations est introduite (79); elle vise toutes les hypothèses de transformation entre les diverses formes de sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique mais aussi les opérations de transformation concernant des sociétés civiles ou des groupements d'intérêt économique (tous deux dotés de la personnalité morale également) (80).

b) ensuite ce projet uniformise largement le régime des nullités des sociétés dotées de la personnalité juridique dans le sens harmonisé pour les SA(SE), SCA et SARL par l'effet de la première directive du conseil du 9 mars 1968 (68/151/CEE) :

— pour la société civile : par l'introduction d'un art. 12<sup>ter</sup>, paragraphe (2), L. 10 août 1915 (art. II, 5) du projet 5730)

— pour la SNC : par l'introduction d'un art. 14<sup>bis</sup> L. 10 août 1915 (art. II, 8) du projet 5730)

---

(78) Projet de loi portant modernisation de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, n° 5730, chambre députés, sess. ord. 2006-2007, 3 juillet 2007, art. II, 2), pp. 2-3.

(79) Cette section, intitulée «*La transformation*» contient le texte projeté des articles art. 308<sup>bis</sup>-15 à 308<sup>bis</sup>-27 de la loi du 10 août 1915 (projet de loi portant modernisation de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, n° 5730, chambre députés, sess. ord. 2006-2007, 3 juillet 2007, art. II, 105), pp. 32-35).

(80) On peut néanmoins relever une lacune dans le projet : les associations agricoles, organisées par la l'arrêté grand-ducal du 17 septembre 1945 portant révision de la loi du 27 mars 1900 sur l'organisation des associations agricoles (*Mém. A*, n° 51, 22 septembre 1945, p. 569), constituent, en dépit de leur appellation d'«association», une catégorie particulière de société civile dotée de la personnalité juridique qui, en raison de la jurisprudence restrictive en cette matière (Trib. Arr. Luxembourg, 14 novembre 1984), n'auront toujours pas la possibilité de se transformer en une autre personne morale de droit privé alors que la société civile «simple» pourra le faire.

- pour la SCS : par l'introduction d'un art. 16*bis* L. 10 août 1915 (art. II, 9) du projet 5730)
- pour la société coopérative : par l'introduction d'un art. 115, paragraphe (2), L. 10 août 1915 (art. II, 62) du projet 5730)
- c) en outre ce projet introduit un art. 11*ter* dans la loi du 10 août 1915 (art. II, 4) du projet 5730) permettant à toute société dotée de la personnalité juridique en vertu de la loi du 10 août 1915 d'émettre des obligations par la voie d'une souscription publique ou privée (certaines émissions seront toutefois réservées aux seules SA (SE) et les SARL ne pourront émettre d'obligations convertibles que sous la réserve d'un agrément des créanciers obligataires concernés);
- d) par ailleurs le projet 5730 prévoit un régime uniforme régissant la nullité de toutes les assemblées prévues par la loi du 10 août 1915 (art. 12*septies* L. 10 août 1915 introduit par l'art. II, 7) du projet). Bien entendu la notion d'assemblée n'est pas réservée aux seules sociétés dotées de la personnalité juridique — cette disposition relève donc davantage d'une catégorie plus large : celle du droit commun des sociétés — mais il est clair qu'elle constitue un facteur d'unification du droit applicable aux personnes morales où ces assemblées sont les plus formalisées et réglementées;
- e) à noter également que l'art. 141 de la loi du 10 août 1915 est modifié par l'effet du projet 5730 pour disposer désormais que les sociétés dotées de la personnalité morale (autrefois l'énoncé visait les seules sociétés commerciales) sont réputées exister pour leur liquidation (art. II, 70) du projet) et que le projet développe en outre une réglementation plus complète de cette opération (art. II, 69) à 75) du projet);
- f) enfin l'art. IV du projet 5730 confie au Grand-Duc la mission de procéder à la codification du droit des sociétés. Cette codification, à l'instar du droit belge, devra se faire :
  - à droit constant;



— en regroupant les dispositions du code civil relatives aux sociétés avec les dispositions de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Par conséquent la nature civile ou commerciale d'une société n'apparaît plus que comme un attribut secondaire dans le cadre de cette codification, l'élément fédérateur consistant dans l'appartenance à la famille «sociétés», c'est-à-dire à un type de groupement caractérisé par un but lucratif, par opposition à la famille dite «associative» (les ASBL et les fondations étant régies par des dispositions distinctes). La rétention d'un tel élément fédérateur aboutit bien sûr à ce que toutes les personnes morales de droit privé à but lucratif (à l'exception toutefois des groupements d'intérêt économique pourtant désormais visés par nombre de dispositions de la loi du 10 août 1915 et des associations agricoles) soient désormais réglementées par un même code.

Si l'exemple belge est suivi, la codification conduira à la confection d'un Livre (81) pour le futur code luxembourgeois des sociétés qui contiendra les dispositions applicables à l'ensemble des personnes morales régies par ce code.

### CHAPITRE III. — Les réformes sociétaires actuellement réalisées par les lois — précitées — du 25 août 2006 et du 23 mars 2007

Celles-ci concernent essentiellement :

- les organes de la société anonyme et de la société européenne (*infra* Section 1)
- l'introduction de la SA unipersonnelle (*infra* Section 2)
- les techniques de restructuration sociétaire (*infra* Section 3)

---

(81) *Cfr* le Livre IV («Dispositions communes aux personnes morales régies par ce code») du code belge des sociétés (contenant les art. 55*bis* à 200 de ce code).

SECTION 1. — LES ORGANES DE LA SOCIÉTÉ ANONYME  
ET DE LA SOCIÉTÉ EUROPÉENNE (82)

**10. — Généralités.** Rappelons que l'approche légistique suivie par la loi (précitée) du 25 août 2006 en vue de mettre en œuvre le règlement 2157/2001 relatif à la société européenne (*infra* : SE) a consisté à intégrer dans le corps des règles régissant la société anonyme (SA) celles qui concernent la société européenne, de manière à faire apparaître que la SE est au premier chef régie par le droit concernant les SA sous réserve des règles spécifiques qui lui sont applicables (*supra*, n° 8.1.1). Cette approche, approuvée par le professeur P. Van Ommeslaghe (83), n'a pu en son temps être suivie en Belgique en raison de l'opposition du Conseil d'Etat à la reproduction de règles issues d'un règlement communautaire dans un texte (national) de rang inférieur dans la hiérarchie des normes (84). Une objection du même ordre fut également formulée par le Conseil d'Etat au Luxembourg (85)

(82) Pour une analyse plus détaillée, cons. P.-H. CONAC, «Les organes de la société anonyme (SA) en droit luxembourgeois», *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, op. cit., pp. 53 et s.

(83) P. VAN OMMEFLAGHE, «Quelques réflexions en guise de conclusion», *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, op. cit., pp. 207 et s. et spéc. p. 207 : «On constatera aussi que les textes luxembourgeois incorporent fidèlement la transposition des directives européennes ainsi que le règlement sur la Société européenne.

A cet égard, je voudrais souligner combien l'incorporation des dispositions sur la société européenne me paraît réalisée de manière convaincante. La liaison avec la société anonyme établit clairement les rapports entre les deux types de sociétés et le législateur luxembourgeois n'a pas eu les mêmes réticences que le législateur belge, surveillé par le Conseil d'Etat, à reproduire des dispositions du règlement lorsque cela est nécessaire pour l'intelligence du texte. La présentation luxembourgeoise me paraît également mieux résoudre le casse-tête de la hiérarchie des normes telle qu'elle résulte du règlement S.E.».

(84) Voy. «rapport au Roi» précédant l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> septembre 2004 portant exécution du règlement (CE) n° 2157/2001 du conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la Société européenne, *Mon. b.*, 9 septembre 2004, pp. 65836 et s. et spéc. pp. 65837-65838 : «Dans son avis du 16 juin 2004, le Conseil d'Etat s'est élevé contre la circonstance que de nombreux articles du présent projet reproduisent des dispositions du règlement (CE) n° 2157/2001 relatif au statut de la société européenne, au motif que toute incorporation ou intégration dans le droit national de chaque Etat membre, sous quelque forme que ce soit, d'une disposition d'un règlement européen, est prohibée, comme susceptible d'entraver l'application immédiate et uniforme des règlements, ainsi que d'occulter leur nature communautaire».

(85) Voy. projet de loi concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle, modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales

mais sans succès : l'avantage de cette démarche (simplification considérable de l'approche de la SE pour les praticiens luxembourgeois, d'autant plus que le règlement n'est pas dénué de dispositions en soi peu claires qui suscitent par conséquent une véritable «interprétation» à l'occasion de leur mise en œuvre par les législateurs nationaux (86)) l'emportant

---

et certaines autres dispositions légales, chambre des députés, sess. ord. 2005-2006, 24 janvier 2006, n° 5352/4, Avis du Conseil d'Etat, p. 3 :

« (...) le Conseil d'Etat hésite à souscrire sans réserve à la façon dont les auteurs entendent mettre en œuvre le règlement, l'imbriquant tout simplement dans la société anonyme de façon à enlever pour l'avenir la possibilité d'évolution de la SE de manière indépendante.

(...)

Comme l'acte générant la création de la SE constitue un règlement communautaire, il est à prévoir que la SE va évoluer par une harmonisation de plus en plus poussée sur base de règlements communautaires.

Imbriquer d'ores et déjà, comme le proposent les auteurs, la société anonyme et la SE dans un même texte rend une telle adaptation pour la seule SE très fastidieuse en droit luxembourgeois.

Tant la France que la Belgique, dont les systèmes juridiques servent le plus souvent de référence au système luxembourgeois, ont créé pour l'introduction de la SE respectivement un chapitre et un livre distincts qui traitent uniquement de celle-ci.

Le Conseil d'Etat ne peut par conséquent marquer son accord avec la façon de procéder des auteurs, qui est contraire au «symbole politique de la construction européenne qui s'inscrit dans la modernité nécessaire au progrès économique et social» que constitue ce nouvel outil du droit commercial (cf. Exposé des motifs, Document 152, Sénat de la République française, sess. ord. 2003-2004).

La façon de procéder choisie par les auteurs expose le texte national au risque de devoir être adapté continuellement à la suite de l'évolution de la législation communautaire, sous peine de rompre le parallélisme avec la société anonyme de droit national.

Le Conseil d'Etat recommande par conséquent aux auteurs d'envisager de regrouper tous les textes spécifiques à la SE sous une même section».

(86) Evoquons par exemple l'article 48, paragraphe (1), al. 1<sup>er</sup>, du règlement 2157/2001, lequel dispose que : «Les statuts de la SE énumèrent les catégories d'opérations qui donnent lieu à autorisation de l'organe de direction par l'organe de surveillance, dans le système dualiste, ou à décision expresse de l'organe d'administration, dans le système moniste». Cette disposition se concilie à première vue mal avec le prescrit de l'art. 53, L. 10 août 1915, dont le contenu est pourtant conforme à la première directive communautaire en matière de droit des sociétés (n° 68/151 du 9 mars 1968), qui déclare inopposables aux tiers les limitations apportées au pouvoir (résiduel) de gestion du conseil d'administration. La loi du 25 août 2006 a modifié l'art. 53, précité, pour y inscrire le principe, énoncé ci-avant, résultant de l'article 48 du règlement et pour y préciser par ailleurs que : «Lorsque, dans une société européenne (SE), une délégation de pouvoirs a été valablement conférée et que le titulaire de celle-ci vient à poser un acte rentrant dans les limites de cette délégation mais relevant néanmoins d'une catégorie d'opérations qui, selon les dispositions statutaires de la société européenne (SE), donne lieu à décision expresse du conseil d'administration, il engagera la société sans préjudice

largement sur l'objection d'ordre dogmatique tirée de la hiérarchie des normes (87).

Par conséquent, le praticien luxembourgeois se voit procurer une vision globale du régime applicable aux SA nationales et aux SE ayant établi leur siège statutaire au Luxembourg par la section IV de la loi du 10 août 1915, intitulée «*Des Sociétés Anonymes et des Sociétés Européennes (SE)*».

Une telle démarche légistique a également amené une réflexion du législateur sur la cohérence entre eux des régimes applicables aux SA nationales et aux SE. Cette réflexion a généré deux types de choix :

- le règlement relatif à la SE impose aux Etats membres de procurer aux SE implantées sur leurs territoires le choix entre une structure moniste et une structure dualiste de gestion et par conséquent de créer l'un ou l'autre de ces régimes lorsqu'il n'a pas été organisé pour leurs SA nationales (art. 38 du règlement). Le législateur luxembourgeois a non seulement répondu au prescrit communautaire en organisant un régime dualiste de gestion, jusqu'alors indisponible pour ses propres SA, mais il a en outre stipulé que ce régime est désormais à la disposition non seulement des SE mais aussi de ses propres SA nationales (*infra*, n° 11);
- certaines règles du règlement concernant le fonctionnement des organes de la SE ont été étendues aux SA nationales, permettant ainsi une uniformisation de leurs régimes respectifs

---

*de dommages-intérêts, s'il y a lieu*» (des textes similaires furent prévus à l'art. 60bis-7, L. 10 août 1915 pour la SA/SE dotée d'un régime dualiste de gestion). Le praticien peut donc lire dans le même texte à la fois l'expression du principe exprimé par le règlement communautaire et la portée que revêt celui-ci pour une SE ayant établi son siège statutaire au Grand-Duché de Luxembourg (une telle localisation déterminant le droit des sociétés anonymes applicable à titre subsidiaire à la SE en vertu de l'article 9 du règlement).

(87) Qui n'est d'ailleurs pas sans réponse(s) car si on appliquait à la lettre l'argument tiré de la hiérarchie des normes, les législateurs nationaux ne pourraient plus guère aborder une matière par ailleurs visée par une réglementation communautaire. En outre l'intégration des normes d'un règlement dans une législation nationale ne remet pas du tout en cause le rang supérieur de la norme communautaire (dont l'origine est d'ailleurs rappelée par les règles insérées dans la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales). A vrai dire, le seul désavantage de la démarche suivie par le législateur luxembourgeois est qu'il lui faudra veiller à répercuter les éventuelles modifications ultérieures du règlement dans le texte de la loi du 10 août 1915.

sur les points estimés souhaitables par le législateur luxembourgeois (*infra*, n° 12).

**11. —** L'introduction du régime dualiste de gestion tant dans la SA que dans la SE.

Contraint par les limites inhérentes à une mise en œuvre du règlement 2157/2001 par la voie d'un arrêté royal, le législateur belge s'est limité à échafauder un régime dualiste de gestion (où le conseil d'administration fait place à un organe de gestion et à un organe de surveillance) pour la seule SE (88). Par contre le législateur luxembourgeois a entendu rendre ce régime également disponible pour ses SA nationales (art. 60*bis*-1 à 60*bis*-19, L. 10 août 1915).

L'inspiration de ces règles s'est située en droit français où ce régime existe à titre facultatif depuis la loi du 24 juillet 1966, offrant donc la sécurité d'une jurisprudence et d'une doctrine bien développées. Le droit belge ne fut d'aucun secours car aucun régime dualiste n'existait en droit belge à l'époque (antérieure à l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> septembre insérant les règles relatives à la SE dans le code des sociétés) de la rédaction du texte luxembourgeois. Quand bien même aurait-il existé alors, il y a fort à parier que le législateur luxembourgeois aurait préféré un texte éclairé par une doctrine/jurisprudence depuis de nombreuses années déjà. La possibilité d'une inspiration tirée du droit allemand — ayant lui-même en son temps inspiré les règles françaises — fut également écartée, ce modèle ayant été jugé trop rigide par rapport à son cousin de droit français (89). D'ailleurs les solutions inspirées du droit français ont, sous la plume du législateur luxembourgeois, fait l'objet d'assouplissements considérables (90).

L'art. 60*bis*-1 de la loi du 10 août 1915 introduit par la loi du 25 août 2006 consacre donc la possibilité pour les statuts d'une SA/SE de se doter d'un système dualiste de gestion lors de la constitution voire même en cours d'existence de la société.

---

(88) Voy. art. 900 et s. code belge des sociétés.

(89) Sur ce choix du législateur luxembourgeois, voy. P.-H. CONAC, *op. cit.*, pp. 54-55.

(90) P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 55.

L'usage — ou non — de cette faculté répondra à des considérations diverses qui ont été résumées par P.-H. Conac :

*«L'intérêt principal de la structure dualiste est certainement la limitation de la responsabilité des membres du conseil de surveillance. Celle-ci présente un intérêt considérable par rapport à la structure à conseil d'administration, notamment pour les sociétés à actionnariat familial qui souhaitent confier la gestion à des dirigeants professionnels extérieurs. De même, du point de vue des opérations de Private Equity, elle permet aux investisseurs extérieurs de ne pas voir leur responsabilité engagée pour faute de gestion en cas de difficultés financières de la société dans laquelle ils ont investi. Par ailleurs, en cas de fusion, la structure dualiste permet de conserver deux présidents au lieu d'un seul puisqu'il faut un président pour le directoire et un autre pour le conseil de surveillance. Ce point de préséance peut avoir son importance pour faciliter un rapprochement de sociétés.*

*Un inconvénient de la structure dualiste est qu'il ne constitue pas le standard international que représente la structure moniste dotée d'un conseil d'administration (Board of directors). Cet inconvénient doit toutefois être relativisé puisque certains droits étrangers importants la connaissent, comme le droit chinois. De plus, il s'est développé aux Etats-Unis et au Japon des comités consultatifs (Advisory Boards) dont la fonction n'est guère éloignée de celle d'un conseil de surveillance» (91).*

### **11.1. — Le directoire.**

#### **11.1.1. — La composition du directoire.**

L'art. 60bis-2 réserve aux statuts ou, à défaut, au conseil de surveillance le soin de fixer le nombre (ou les règles pour la détermination de ce nombre) des personnes composant le directoire. Contrairement au droit français, le texte luxembourgeois ne fixe pas de nombre maximal (92). Deux cas sont prévus où la SA/SE pourrait n'être dotée que d'un seul directeur (appelé «directeur général unique» en France) : lorsque la société est unipersonnelle (*infra*, section 2) ou lorsque le capital de la société est inférieur à 500.000 euros. En droit français le directeur général unique ne se conçoit que dans les sociétés dont le capital est

---

(91) P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 56.

(92) P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 57.

inférieur à 150.000 euros (art. L. 225-58 code de commerce français).

Les membres du directoire sont en principe nommés par le conseil de surveillance (*infra*, 12.2). Contrairement au droit français, des personnes morales pourront occuper ce poste (93), ce que n'interdit pas le règlement communautaire pour la SE. A la différence du droit français et conformément à ce que permet le règlement (art. 39, paragraphe (2)), l'art. 60*bis*-3 permet que les statuts confient à l'assemblée générale le pouvoir de nommer les membres du directoire avec, dans ce cas, compétence exclusive. Une telle disposition statutaire renforcerait le contrôle de l'assemblée mais affaiblirait la position du conseil de surveillance face à un organe qu'il n'aurait pas nommé (94).

Les membres du directoire peuvent être révoqués par le conseil de surveillance et, si les statuts le permettent par l'assemblée générale (art. 60*bis*-5, L. 10 août 1915 et art. 39, paragraphe (2) du règlement), auquel cas l'assemblée n'est *pas* exclusivement compétente (contrairement à l'hypothèse de la nomination, envisagée ci-dessus). En droit français la règle est inversée : la compétence de principe revient à l'assemblée générale, le conseil de surveillance pouvant en être investi par les statuts (art. L. 225-61 du code de commerce français). La solution luxembourgeoise présente l'avantage de confier la compétence de principe à un organe davantage en prise avec la réalité quotidienne de l'entreprise et susceptible de réagir plus rapidement en cas de nécessité (95). Contrairement au droit français, la loi du 10 août 1915 n'exige pas que la révocation intervienne pour un juste motif. Toutefois la jurisprudence française considère qu'une simple divergence d'appréciation sur la gestion puisse constituer un juste motif de révocation. Quant à la question de savoir si les

---

(93) P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 58. Cette hypothèse est expressément organisée par l'art. 60*bis*-4, L. 10 août 1915, lequel prévoit dans ce cas la nomination d'un représentant permanent encourant en principe les mêmes responsabilités que la personne morale qu'il représente.

(94) P.-H. CONAC, *ibid.*

(95) P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 59.

statuts pourraient faire dépendre la révocation d'un juste motif, elle demeure largement ouverte (96).

En cas de vacance au sein du directoire, les membres restants ont le droit d'y pourvoir provisoirement (art. 60*bis*-6, paragraphe (2), L. 10 août 1915). Cette solution est plus souple que celle du droit français qui ne permet qu'au conseil de surveillance d'intervenir en cas de vacance et elle renforce l'éventuelle autonomie du directoire qui aurait pu par ailleurs être consacrée au niveau de la nomination de ses membres (par l'assemblée générale, voy. ci-dessus). Par ailleurs le président du directoire est nommé par le directoire (art. 64, paragraphe (2), L. 10 août 1915), contrairement au droit français où le président est nommé par le conseil de surveillance, ce qui renforce encore cette possible autonomie du directoire par rapport au conseil de surveillance (97).

### 11.1.2. — Les attributions du directoire.

Le directoire, à l'instar de la solution retenue pour le conseil d'administration au Luxembourg (art. 53, L. 10 août 1915) et à l'instar du droit français applicable au directoire, dispose du pouvoir résiduel de gestion (art. 60*bis*-7, paragraphe (1), L. 10 août 1915). La représentation dans cette gestion et le principe de l'inopposabilité des restrictions à ses pouvoirs aux tiers sont également inspirés du régime applicable au conseil d'administration dans le respect de la première directive communautaire.

La gestion journalière peut également être déléguée par les statuts à un directeur général (ce que permet l'art. 39, paragraphe (1), du règlement) selon les mêmes conditions que celles applicables à la SA/SE à régime moniste de gestion (art. 60*bis*-8, L. 10 août 1915).

Les règles concernant l'engagement de la responsabilité des membres du directoire (art. 60*bis*-10) sont les mêmes que celles applicables au conseil d'administration dans le régime moniste

---

(96) Voy. P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 60, pour l'exposé des arguments en faveur (exemple français, situation spécifique des membres du directoire par rapport à celle des membres du conseil d'administration) ou à l'encontre (on ne peut déroger au caractère obligatoirement *ad nutum* de la révocation des membres du conseil d'administration dans le régime moniste).

(97) Voy. P.-H. CONAC, *op. cit.*, pp. 60-61.



(art. 59, L. 10 août 1915), hormis la précision que l'autorisation à poser un acte éventuellement donnée par le conseil de surveillance dans le cadre d'une SE (art. 60*bis*-7, paragraphe (2), L. 10 août 1915) n'exonère pas le directoire de sa responsabilité.

## **11.2. — Le conseil de surveillance.**

### **11.2.1. — La composition du conseil de surveillance (98).**

La composition du conseil de surveillance est déterminée par référence aux règles fixant la composition du conseil d'administration et doit donc comprendre au moins trois membres parmi lesquels l'on pourra trouver des personnes morales (art. 60*bis*-14, L. 10 août 1915). Le conseil de surveillance ne pourra par conséquent être unipersonnel que si la société elle-même est unipersonnelle. Dans cette dernière hypothèse rien n'interdit que le conseil de surveillance soit composé de deux personnes (99).

### **11.2.2. — Les attributions du conseil de surveillance.**

Comme en droit français, la loi du 10 août 1915 prévoit que le conseil de surveillance exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire, sans pouvoir s'immiscer dans cette gestion (Art. 60*bis*-11, L. 10 août 1915 et art. 40, paragraphe (1) du règlement communautaire).

Contrairement au droit français, la loi du 10 août 1915 ne donne pas une liste des autorisations que peut accorder ou refuser le conseil de surveillance (Art. 60*bis*-11, paragraphe (2) L. 10 août 1915). Il revient aux statuts de fixer la liste des décisions soumises à autorisation du conseil de surveillance (art. 60*bis*-7, paragraphe (2), L. 10 août 1915).

Le conseil de surveillance exerce son contrôle de la gestion de la société de trois manières :

- *permanente* : il a un droit illimité de regard sur toutes les opérations de la société. Il peut prendre connaissance sans déplacement des livres, de la correspondance, des procès-verbaux et généralement de toutes les écritures de la société (art. 60*bis*-12, paragraphe (1), L. 10 août 1915)

---

(98) Sur la permissibilité d'un cumul de la fonction de membre du conseil de surveillance avec un contrat d'emploi, voy. P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 64.

(99) Dans ce sens également : P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 65.

Le conseil de surveillance peut demander au directoire les informations de toute nature nécessaire au contrôle permanent qu'il exerce conformément à l'article 60*bis*-11 (art. 60*bis*-12, paragraphe (4), L. 10 août 1915 et art. 41, paragraphe (3) du règlement). Cette formulation est plus large que celle retenue en droit français puisqu'elle vise les « informations » et non pas seulement les « documents » (art. L. 225-68, alinéa 3, du code de commerce français).

Le conseil de surveillance peut procéder ou faire procéder aux vérifications nécessaires à l'accomplissement de sa mission (art. 60*bis*-12, paragraphe (5), L. 10 août 1915 et art. 41, paragraphe (4), du règlement). Le droit français est plus restrictif, sans doute plus dans la rédaction que dans la pratique (100), puisqu'il ne vise que les contrôles « opportuns » (art. L. 225-68, alinéa 3, du code de commerce français).

Chaque année, le conseil de surveillance reçoit de la part du directoire les documents visés à l'article 72 à l'époque fixée pour leur remise aux commissaires et présente à l'assemblée générale ses observations sur le rapport du directoire ainsi que sur les comptes de l'exercice (art. 60*bis*-13 L. 10 août 1915).

- *périodique* : le directoire doit faire, au moins tous les trois mois, un rapport écrit au conseil de surveillance sur la marche des affaires de la société et de leur évolution prévisible. La solution est inspirée du droit français (art. L. 225-68, alinéa 4, du code de commerce français) et du droit européen (art. 41, paragraphe (1) du règlement). Toutefois, par rapport à ces derniers, le législateur luxembourgeois a ajouté l'exigence que le rapport soit écrit. Dans les sociétés cotées, ce rapport pourra servir de base à la rédaction de la déclaration trimestrielle imposée par la directive « transparence » (101).
- *occasionnelle* : le directoire doit communiquer en temps utile au conseil de surveillance toute information sur des événements susceptibles d'avoir des répercussions sensibles sur la situation de la société (art. 60*bis*-12, paragraphe (3), L. 10 août 1915 et art. 41, paragraphe (2) du règlement).

---

(100) Pour cette observation : P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 67.

(101) En ce sens : P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 66.

Le conseil de surveillance peut conférer à un ou plusieurs de ses membres tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés (art. 60bis-15, L. 10 août 1915). Il peut décider la création en son sein de commissions dont il fixe la composition et les attributions et qui exercent leurs activités sous sa responsabilité, sans que lesdites attributions puissent avoir pour objet de déléguer à une commission les pouvoirs qui sont attribués au conseil de surveillance lui-même par la loi ou les statuts, ni pour effet de réduire ou de limiter les pouvoirs du directoire (art. 60bis-15, L. 10 août 1915). Il s'agit d'une pratique également répandue au sein du conseil d'administration. Selon P.-H. Conac (102) «[c]es commissions peuvent être les comités d'audit, de nomination et des rémunérations dont la mise en place est imposée ou encouragée dans les sociétés cotées par les règles de gouvernement d'entreprise et plus particulièrement par les dix principes de gouvernement d'entreprise de la Bourse de Luxembourg» (103).

Les règles régissant la responsabilité des membres du conseil de surveillance sont, dans leur formulation, inspirées de celles applicables au conseil d'administration dans le système moniste (art. 59, L. 10 août 1915) et au directoire (art. 60bis-10, L. 10 août 1915) (art. 60bis-16, L. 10 août 1915). Toutefois, la responsabilité des membres du conseil de surveillance ne peut être engagée que pour une faute dans le contrôle (104), ce qui limite leur(s) responsabilité(s) potentielles.

### 11.3. — Règles communes au directoire et au conseil de surveillance.

L'art. 60bis-17, paragraphe (1), de la loi du 10 août 1915 interdit de cumuler les fonctions de membre du directoire et du conseil de surveillance. La solution est conforme au droit français (art. L. 225-75 du code de commerce français) et au règlement communautaire (art. 39, paragraphe (3)). Elle est conforme à la logique de la structure dualiste.

(102) *Ibidem*, p. 67.

(103) Bourse de Luxembourg, Gouvernance d'entreprise, Les dix principes de gouvernement d'entreprise de la Bourse de Luxembourg, avril 2006, [http://www.bourse.lu/application;JSESSIONID\\_BDL=pYhvJVfPhwxzPlBd0kqth2pyVgdQ7ky8YTwpFK4slp40DYqhlgh!614195941!1967371948?\\_flowId=PublicationsFlow#](http://www.bourse.lu/application;JSESSIONID_BDL=pYhvJVfPhwxzPlBd0kqth2pyVgdQ7ky8YTwpFK4slp40DYqhlgh!614195941!1967371948?_flowId=PublicationsFlow#)

(104) P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 68.

Notons par ailleurs que le régime du conflit d'intérêt au sein du conseil d'administration (art. 59, L. 10 août 1915) a été étendu au directoire et au conseil de surveillance (art. 60*bis*-18, L. 10 août 1915).

## **12. — Modifications apportées au régime moniste de gestion et règles communes aux régimes moniste et dualiste de gestion.**

### **12.1. — Modifications apportées au régime moniste de gestion.**

En ce qui concerne le conseil d'administration dans le régime moniste, la loi du 25 août 2006 modifie l'article 51 de la loi du 10 août 1915 pour permettre le recours à un organe composé d'un seul administrateur dans la SA unipersonnelle. Les règles du conflit d'intérêt sont par conséquent aménagées pour tenir compte de l'existence possible d'un administrateur unique (art. 57, L. 10 août 1915 : il est seulement fait mention dans un procès-verbal des opérations intervenues entre la société et son administrateur unique).

Lorsqu'un administrateur s'avère être une personne morale, l'art. 51*bis* de la loi du 10 août 1915 organise sa représentation permanente sur les modèle du droit belge (art. 61 du code belge des sociétés) et du droit français (art. L. 225-20 du code de commerce français). La responsabilité pénale n'est toutefois pas, contrairement aux droits belge et français, citée au nombre des responsabilités que le représentant permanent encourt du fait de l'exercice de sa fonction au même titre que la personne morale qu'il représente. Ce retrait a été demandé par le Conseil d'Etat au cours des travaux préparatoires par le fait que le droit luxembourgeois, contrairement aux droits belge et français, n'organise pas la responsabilité pénale des personnes morales (105). En vue de préserver la collégialité de l'organe d'administration (art. 64,

---

(105) Projet de loi concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle, modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et certaines autres dispositions légales, Avis du Conseil d'Etat (17.1.2006), document n° 5352/04, p. 7 : *«Le Conseil d'Etat voudrait d'abord faire remarquer que le texte du projet ne peut viser que la responsabilité civile, car la responsabilité pénale ne peut concerner que les personnes physiques en l'absence d'une responsabilité pénale des personnes morales en droit luxembourgeois».*

paragraphe (1), L. 10 août 1915), il est déconseillé que le représentant permanent représente plusieurs personnes morales ou qu'il soit également membre de l'organe en son nom propre (106).

## 12.2. — Règles communes aux régimes moniste et dualiste de gestion.

La loi du 25 août 2006 a étendu à la structure dualiste le mode de délibération collégial prévu pour les administrateurs (art. 64, paragraphe (1), L. 10 août 1915).

La loi a également étendu à la structure dualiste les règles relatives au quorum et à la prise de décision (art. 64*bis*, L. 10 août 1915). En l'absence de disposition statutaire, la moitié au moins des membres doivent être présents ou représentés (voy. également, dans le même sens, l'article 50, paragraphe (1) du règlement). Cette règle est plus souple qu'en droit français où la règle est impérative (art. L. 225-37 du code de commerce français; art. L. 225-82 du même code) (107). De même, la prise de décision se fait à la majorité des membres présents ou représentés, sauf disposition contraire des statuts.

Sur la modernisation des règles applicables au vote à distance apportée par l'art. 64*bis*, paragraphe (3), de la loi du 10 août 1915, on se référera à ce qui a été dit ci-dessus (*supra*, n° 8.1.2).

S'agissant du droit d'information et de l'obligation de discrétion, chacun des membres d'un organe de gestion dans les régimes moniste et dualiste de gestion ont le droit de prendre connaissance des informations transmises à cet organe (art. 64, paragraphe (4), L. 10 août 1915, inspiré des art. 41, paragraphe (5), et 44, paragraphe (2), du règlement communautaire formulés respectivement pour le conseil de surveillance et le conseil d'administration). Par ailleurs l'article 66 de la loi du 10 août 1915 prévoit désormais une obligation de discrétion formulée en ces termes : *« Les administrateurs, membres du directoire et du conseil de surveillance, ainsi que toute personne appelée à assister aux réunions de ces organes, sont tenus de ne pas divulguer, même après la cessation de leurs fonctions, les informations dont ils disposent sur la société anonyme et dont la divulgation*

---

(106) P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 70.

(107) P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 70.

*serait susceptible de porter préjudice aux intérêts de la société, à l'exclusion des cas dans lesquels une telle divulgation est exigée ou admise par une disposition légale ou réglementaire applicable aux sociétés anonymes ou dans l'intérêt public*». Cette formulation s'inspire de l'article 49 du règlement communautaire et apparaît plus protectrice que le droit français où cette obligation de discrétion n'existe que pour les informations confidentielles données comme telles (art. L. 225-92 du code de commerce français pour les membres du directoire et du conseil de surveillance) (108).

Quant à la tenue de l'assemblée générale, la loi du 25 août 2006 a abaissé de 20 à 10 % du capital le seuil requis par l'article 70, alinéa 2, de la loi du 10 août 1915 pour que des actionnaires minoritaires puissent requérir une convocation de l'assemblée générale. Cette règle, inspirée de l'article 55 du règlement communautaire, représente une avancée importante du point de vue de la gouvernance d'entreprise (109). Sur la possibilité d'organiser les délibérations et le vote à distance par l'usage de techniques modernes de communication, on se reportera une fois encore à ce qui a été expliqué ci-dessus (*supra*, n° 8.1.2). La possibilité d'organiser un vote par correspondance, qui pourrait revêtir une forme électronique (110), est désormais également prévue à l'article 67, paragraphe (3*bis*), de la loi du 10 août 1915. Enfin s'agissant de l'assemblée appelée à modifier les statuts, l'article 67-1, paragraphe (2), de la même loi prévoit désormais que «[l]es voix exprimées ne comprennent pas celles attachées aux actions pour lesquelles l'actionnaire n'a pas pris part au vote ou s'est abstenu ou a voté blanc ou nul», la solution étant reprise de l'article 58 du règlement communautaire.

---

(108) Voy. P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 72.

(109) P.-H. CONAC, *ibid.*

(110) En ce sens : P.-H. CONAC, *op. cit.*, p. 73. Ce mode de participation à l'assemblée se distingue du recours aux techniques modernes de communication dans la préservation du caractère *délibératif* de l'assemblée (art. 67, paragraphe (3), L. 10 août 1915). Dans le cas d'un vote par correspondance (article 67, paragraphe (3*bis*), L. 10 août 1915), éventuellement sous une forme électronique (courriel, utilisation d'un formulaire en ligne), l'actionnaire faisant usage de cette modalité ne concourt pas à la délibération au sein de l'assemblée.

## SECTION 2. — L'INTRODUCTION DE LA SA UNIPERSONNELLE

**13. — Réception liée à la mise en œuvre du règlement SE.** La réception de la SA unipersonnelle en droit luxembourgeois, toujours par l'effet de la loi du 25 août 2006, est étroitement liée à la mise en œuvre du règlement 2157/2001, précité, relatif au statut de la société européenne. De fait, le règlement communautaire relatif au statut de la société européenne (SE) (111) impose explicitement que la SE puisse éventuellement revêtir une forme unipersonnelle. Effectivement l'art. 3, paragraphe (2), du règlement précité dispose que :

*« Une SE peut elle-même constituer une ou plusieurs filiales sous forme de SE. Les dispositions de l'État membre du siège statutaire de la SE filiale exigeant qu'une société anonyme ait plus d'un actionnaire ne sont pas d'application pour la SE filiale. Les dispositions nationales adoptées conformément à la douzième directive 89/667/CEE du conseil du 21 décembre 1989 en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé s'appliquent mutatis mutandis aux SE ».*

Ainsi un auteur a-t-il pu relever que, depuis la mise en œuvre du règlement SE en France, alors que les sociétés anonymes nationales demeurent soumises à l'exigence de compter sept associés au moins, les SE filiales soumises au droit français, qui en vertu du règlement communautaire peuvent revêtir une forme unipersonnelle, entrent désormais en concurrence avec les SA nationales dotées à cet égard d'une réglementation moins souple (112).

**14. — Rétroactes.** A vrai dire un premier pas vers la société anonyme unipersonnelle avait déjà été accompli au Luxembourg par la loi du 24 avril 1983 modifiant la loi du 10 août 1915. En effet cette loi, intervenant en transposition de la seconde directive communautaire 77/91/CEE du conseil, du 13 décembre

---

(111) Règlement (CE) n° 2157/2001 du conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *J.O.C.E.*, n° L 294, 10 novembre 2001.

(112) A. COURET, « La société anonyme unipersonnelle », *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, op. cit., pp. 145 et s., spéc. n°s 2, 4 et 8.

1976 (113), avait introduit dans la loi du 10 août 1915 un article 12<sup>ter</sup> qui dispose que :

*«La nullité d'une société anonyme, d'une société en commandite par actions et d'une société à responsabilité limitée ne peut être prononcée que dans les cas suivants :*

*1) si l'acte constitutif n'est pas établi en la forme notariée;*

*2) si cet acte ne contient aucune indication au sujet de la dénomination de la société, de l'objet social, des apports ou du montant du capital souscrit;*

*3) si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public;*

*4) si la société ne comprend pas au moins un fondateur valablement engagé.*

*(...)»* (souligné par nous).

Cette disposition, on le remarquera immédiatement, n'érige pas, contrairement au droit belge (114), le caractère unipersonnel au rang de cause de nullité d'une société anonyme.

En fait, le projet initial (115) prévoyait de modifier également l'article 26 de la loi du 10 août 1915 afin de permettre aux SA, SARL et sociétés en commandite par actions de constituer des

---

(113) Deuxième directive 77/91/CEE du conseil, du 13 décembre 1976, 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, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, *J.O.C.E.*, n° L 26, 30 janvier 1977.

(114) Art. 454 du code belge des sociétés. — *«La nullité d'une société anonyme ne peut être prononcée que dans les cas suivants :*

*1° si la constitution n'a pas eu lieu dans la forme requise;*

*2° si cet acte ne contient aucune indication au sujet de la dénomination sociale, de l'objet social, des apports ou du montant du capital souscrit;*

*3° si l'objet social est illicite ou contraire à l'ordre public;*

*4° si le nombre d'actionnaires valablement engagés, ayant comparu à l'acte en personne ou par porteurs de mandats, est inférieur à deux»* (souligné par nous).

(115) Projet de loi 2474 portant adaptation de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, telle qu'elle a été modifiée dans la suite, à la directive n° 77/91 du conseil des communautés européennes du 13 décembre 1976, chambre des députés, sess. ord. 1980-1981, 21 janvier 1981.



SA unipersonnelles (116). L'introduction de cette règle était motivée par la considération que les *«sociétés de capitaux (...) doivent pouvoir, pour des raisons économiques, constituer une ou plusieurs sociétés filiales, sous forme de sociétés anonymes, dont elles détiennent la totalité du capital»* (117).

Mais le Conseil d'Etat s'était opposé à l'introduction de cette innovation, faisant observer *«que, même en présence de l'atténuation de la conception contractuelle du droit des sociétés au profit du caractère institutionnel, telle que cette mutation est opérée par la deuxième directive, l'innovation proposée par les auteurs du projet paraît être trop hardie dans l'état actuel de notre droit national et par rapport à la plupart des autres législations en la matière»* (118). Il est vrai que l'on pouvait reprocher par ailleurs le caractère un peu trop sommaire de la réglementation proposée puisqu'aucune règle ayant trait au fonctionnement de la SA unipersonnelle n'était par ailleurs proposée (119).

Toutefois la disposition précitée de l'article 12<sup>ter</sup> de la loi du 10 août 1915 avait trouvé grâce aux yeux du Conseil d'Etat, estimant que la matière des nullités est étrangère au nombre de *souscripteurs* (deux au moins) requis pour la constitution d'une SA mais relève plutôt de l'exigence qu'il y ait au moins un *fondateur* (soumis au régime de la responsabilité des fondateurs (120)) lors de la constitution de la société (121). On notera à cet égard que le droit luxembourgeois, comme le droit

---

(116) Le projet prévoyait de reformuler l'article 26 de la loi du 10 août 1915 de la manière suivante :

*«(1) La constitution d'une société anonyme requiert : 1) qu'il y ait deux associés au moins; toutefois une société anonyme, une société à responsabilité limitée et une société en commandite par actions peuvent, sans la participation d'autres associés, constituer une société anonyme en se conformant aux dispositions de la présente loi;*

*(...)»* (souligné par nous)

(117) Projet 2474 précité, Exposé des motifs, p. 19.

(118) Projet 2474 précité, Avis du Conseil d'Etat, p. 34.

(119) Observation faite en substance par la commission juridique à propos du projet 2474 (1<sup>re</sup> lecture), *Ann. parl.*, p. 4739 et également in Rapport de la commission juridique, Projet 2474<sup>2</sup>, chambre des députés, sess. ord. 1981-1982, 28 septembre 1982, p. 4.

(120) Régulé à l'article 31 de la loi du 10 août 1915.

(121) Projet 2474 précité, Avis du Conseil d'Etat, p. 33.

belge (122), permet de limiter la notion de fondateurs à certains souscripteurs seulement (123) (124).

Dès lors jusqu'à la loi du 25 août 2006, une SA constituée par un seul fondateur, initialement engagé aux côtés d'un autre souscripteur dont l'engagement aurait été subséquemment invalidé, ne pouvait être annulée mais, ne disposant pas du minimum requis de deux associés inscrit à l'article 26 de la loi du 10 août 1915, elle encourait une éventuelle dissolution judiciaire sur la base de l'article 203 de la même loi (125). Par contre une SA constituée par au moins deux associés mais devenant unipersonnelle en cours d'existence se voyait appliquer le régime de la réunion des actions entre les mains d'une seule personne (126),

---

(122) Art. 450, alinéa 2, du code belge des sociétés : *«Les comparants à ces actes seront considérés comme fondateurs de la société. Toutefois, si les actes désignent comme fondateurs un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble au moins un tiers du capital social, les autres comparants, qui se bornent à souscrire des actes contre espèces sans recevoir, directement ou indirectement, aucun avantage particulier, seront tenus pour simples souscripteurs».*

(123) Art. 28, al. 2, L. 10 août 1915 : *«Les comparants à ces actes seront considérés comme fondateurs de la société. Toutefois, si les actes désignent comme fondateur un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble au moins un tiers du capital social, les autres comparants qui se bornent à souscrire des actions contre espèces sans recevoir, directement ou indirectement, aucun avantage particulier, seront tenus pour simples souscripteurs».*

(124) À cet égard la commission juridique (*ibid.*) fit observer, non sans une certaine malice peut-être, que l'article 12ter tel que réformé tenait compte de l'esprit de la législation communautaire consistant à limiter autant que possible les causes de nullité de la SA *«ainsi que de la tendance à favoriser la société unipersonnelle»*. Des considérations identiques furent formulées par la chambre de commerce en son avis à propos du projet 2474 (Projet 2474(1), chambre des députés, sess. ord. 1981-1982, 24 mars 1982, p. 2).

(125) Cette disposition, qui constitue l'une des spécificités du droit luxembourgeois des sociétés, permet au tribunal d'arrondissement, sur requête du procureur d'Etat, de *«prononcer la dissolution et ordonner la liquidation de toute société soumise à la loi luxembourgeoise qui poursuit des activités contraire à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales»*.

(126) Art. 101 L. 10 août 1915. — *«(1) La réunion de tous les titres entre les mains d'une seule personne physique ou morale n'entraîne pas la dissolution de la société.*

*(2) A moins que la société n'ait été dissoute et que sa dissolution n'ait été publiée régulièrement dans un délai de six mois, l'actionnaire unique, après l'expiration de ce délai, répond indéfiniment et solidairement avec la société des dettes nées dans la période où toutes les actions ont été réunies entre ses mains et jusqu'à la publication de la dissolution s'il y a lieu.*

*(3) La dissolution peut être prononcée sur demande de tout intéressé, lorsque six mois se sont écoulés depuis l'époque où le nombre des associés a été réduit*

lequel ne postulait pas nécessairement mais pouvait déboucher sur la dissolution de la société.

Par ailleurs la loi du 28 décembre 1992 (127), adoptée en transposition de la 12<sup>e</sup> directive communautaire (128), avait modifié l'article 1832 du code civil luxembourgeois (129) et la loi du 10 août 1915 en vue de permettre la création de SARL unipersonnelles.

La loi du 25 août 2006 consacre donc un cheminement entamé de longue date.

**15. — Intérêt de la société anonyme unipersonnelle.**  
Ainsi que l'a fait observer le professeur Alain Couret, l'intérêt de disposer d'une forme unipersonnelle de SA participe, au-delà de la contradiction *in terminis* consistant à pouvoir doter d'un seul associé un type de société conçu pour permettre l'appel public à l'épargne et dont les parts ou actions sont les plus aisément cessibles (négociables), de préoccupations principalement pragmatiques qui ne peuvent être toutes rencontrées par la constitution d'une SARL unipersonnelle.

*«L'intérêt pratique invite à l'adoption de ce type de sociétés. Il s'agit là d'une formule permettant de simplifier la vie des groupes. Tel est le cas notamment lorsqu'une société est détenue à 100 % par sa mère. Il était jusqu'ici nécessaire d'aller installer un deuxième actionnaire qui n'était en fait qu'un homme de paille (130). Autre argument pratique*

---

*à un seul. Le juge peut porter ce délai à douze mois, si les circonstances justifient une telle prorogation. Après l'expiration d'un délai de douze mois, la dissolution doit être prononcée».*

Cette règle a été abrogée par la loi du 25 août 2006 et l'article 101 de la loi du 10 août 1915 contient désormais une disposition ayant trait à la dissolution judiciaire d'une société européenne.

(127) Loi du 28 décembre 1992 modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales à l'effet d'introduire la société à responsabilité limitée unipersonnelle, *Mém. A*, n° 106, 30 décembre 1992, p. 3141; *Doc. parl.*, 3637.

(128) Douzième directive 89/667/CEE du conseil, du 21 décembre 1989, en matière de droit des sociétés concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé, *J.O.C.E.*, n° L 395, 30 décembre 1989.

(129) Art. 1832 du code civil luxembourgeois. — «Une société peut être constituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent de mettre en commun quelque chose en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ou, dans les cas prévus par la loi, par acte de volonté d'une personne qui affecte des biens à l'exercice d'une activité déterminée».

(130) Voy. les considérations suivantes de la chambre de commerce luxembourgeoise : «Une autre innovation du projet de loi est l'introduction de la

*important, le choix d'une telle structure permet d'envisager les évolutions de l'entreprise. La société anonyme peut débiter avec un seul actionnaire puis se développer et même passer de l'unipersonnalité à l'appel public à l'épargne (131), le tout sans changement de structure juridique : bien des coûts et des formalités inutiles seront évités. Par ailleurs, dans un environnement législatif et réglementaire devenu très concurrentiel, adopter un régime juridique reconnu par ses voisins proches répond à un certain souci de lutter contre le law shopping» (132).*

L'exposé des motifs de la loi du 25 août 2006 relève également que le droit français avait, quelques années auparavant, ouvert aux sociétés par actions simplifiées la possibilité d'être unipersonnelles (art. L. 227-1 du code de commerce français) (133). En droit français, l'introduction de la SAS avait répondu au souhait de la pratique de disposer d'une forme souple pour une société de capitaux qui ne serait pas soumise au régime extrêmement détaillé et impératif d'une société anonyme taillée pour l'appel public à l'épargne (134). Au Luxembourg, le droit des sociétés anonymes est considérablement plus libéral que le droit français et généralement plus libéral encore que le droit belge. Par conséquent, le fondateur d'une SA unipersonnelle au Luxembourg combinerait les avantages de l'unipersonnalité et d'une certaine liberté contractuelle même si, en certaines domaines (comme l'organisation des modalités de son fonctionnement ou le régime d'(in)cessibilité des actions), la SAS unipersonnelle française peut

---

*société anonyme unipersonnelle en droit luxembourgeois. Après le succès de la société à responsabilité limitée unipersonnelle, elle sera appréciée par les praticiens du droit; il est en effet notoire que les SA unipersonnelles existent déjà de facto avec un second actionnaire de pure façade. La consécration de la SA unipersonnelle permet de mettre fin à ces artifices»* (Projet de loi concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle, modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et certaines autres dispositions légales, chambre des députés, sess. ord. 2005-2006, 23 décembre 2005, n° 5352<sup>3</sup>, avis de la Chambre de commerce, p. 3).

(131) Ce que ne permet pas la SARL qui ne peut faire appel public à l'épargne : art. 188, al. 1<sup>er</sup>, L. 10 août 1915 («*Il ne pourra être contracté d'emprunt par voie d'émission publique d'obligations, ni procédé à une émission publique de parts sociales*»).

(132) A. COURET, *op. cit.*, n° 13.

(133) Projet de loi n° 5352, *op. cit.*, Chambre des députés, sess. ord. 2003-2004, 30 juin 2004, Exposé des motifs, p. 31.

(134) Sur la genèse de la SAS en France, voy. I. CORBISIER & P. NICAISE, «S.A.S. : un exemple à suivre?», *D.A.O.R.*, 1994, n° 33, pp. 43 et s.

toujours apparaître légèrement plus souple que la SA unipersonnelle luxembourgeoise (135).

En réalité, l'introduction d'une SA unipersonnelle n'est plus vraiment une révolution, dans la mesure où de nombreux pays en Europe (Pays-Bas, Royaume-Uni, Allemagne, Italie, Pologne, Irlande,...) et à l'extérieur de l'Europe (Etats-Unis, Amérique latine) ont déjà ouvert la voie en la matière surtout depuis la fin des années 80 (136). En outre, depuis sa recommandation du 7 décembre 1994 (137), la commission européenne encourage la création d'entreprises unipersonnelles notamment sous la forme d'une société anonyme :

*« Les Etats membres sont invités à : (...) Article 4. (...) b) permettre aux PME de pouvoir s'organiser sous la forme d'une société anonyme n'ayant qu'un nombre limité d'actionnaires, dont la création et la gestion seraient simplifiées par rapport à celles des sociétés anonymes, dont les titres sont largement répandus dans le public; c) permettre la création de la société anonyme avec un seul associé, dans les termes prévus à l'article 6 de la douzième directive 89-667 CEE du conseil » (138).*

## **16. — Régime de la société anonyme unipersonnelle en droit luxembourgeois.**

**16.1. — Orientations générales.** Tirant les leçons de la tentative précédemment avortée d'introduction d'une SA unipersonnelle (ci-après «SAU») par la loi du 24 avril 1983, il importait de ne pas répéter la même erreur qui avait consisté à permettre l'instrument sans en fixer le régime même si, conformément à l'esprit de la législation luxembourgeoise, il s'imposait de ne pas trop multiplier les dispositions en la matière. Les sources d'inspiration retenues ont été : les dispositions déjà existantes gouvernant la SARL unipersonnelle (ci-après «SARLU») au Luxembourg, les règles qui en Belgique s'appliquent aux SPRL unipersonnelles (ci-après «SPRLU») et enfin les dispositions arrêtées en France pour la SAS unipersonnelle (ci-après «SASU»).

(135) Le projet 5730 (précité) prévoit l'introduction de la SAS au Luxembourg en la dotant d'un régime plus libéral encore que sa consœur française.

(136) A. COURET, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 6 & 10.

(137) Recommandation CE n° 94-1069 du 7 décembre 1994, *J.O.C.E.*, n° L 385, 31 décembre 1994, p. 14.

(138) Il s'agit de la douzième directive 89-667 CEE du Conseil du 21 décembre 1989 concernant les sociétés à responsabilité limitée à un seul associé, précitée.

a) *Constitution de la SAU*

**16.2. — La SAU n'est pas un type spécifique de société mais une simple modalité de la société anonyme.** Elle peut donc être constituée selon cette modalité *ab initio* mais aussi, selon les termes du professeur Couret, peut le devenir «*par dégénérescence*» (139) par la réunion des actions entre les mains d'une seule personne, physique ou morale (140), ce qui a entraîné l'abrogation de la réglementation qui, auparavant, régissait l'hypothèse de la réunion des actions entre les mains d'une seule

(139) A. COURET, *op. cit.*, n° 2.

(140) La loi du 25 août 2006 ne limite en effet en aucune manière l'accès à la SAU en vertu de considérations liées à la nature — physique ou morale — de son fondateur, ce que confirme pleinement la nouvelle rédaction des articles suivants :

— Art. 23 L. 10 août 1915, précisant que :

«(1) *La société anonyme est celle dont le capital est divisé en actions et qui est constituée par une ou plusieurs personnes qui n'engagent qu'une mise déterminée.*

*Lorsque cette société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée 'associé unique'.*

*La société anonyme peut avoir un associé unique lors de sa constitution, ainsi que par la réunion de toutes ses actions en une seule main.*

*Le décès ou la dissolution de l'associé unique n'entraîne pas la dissolution de la société.*

(... )»

Cette disposition s'inspire :

— de l'art. 179 Loi 10 août 1915 applicable à la SARLU :

«(...) (2) *La société à responsabilité limitée peut avoir un associé unique lors de sa constitution,*

*ainsi que par la réunion de toutes ses parts en une seule main (société unipersonnelle).*

*La réunion de toutes les parts entre les mains d'une seule personne n'entraîne pas la dissolution de la société. De même, le décès de l'associé unique n'entraîne pas la dissolution de la société;*

— de l'art. L227-1 du Code de commerce français applicable à la SASU :

«*Une société par actions simplifiée peut être instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leur apport.*

*Lorsque cette société ne comporte qu'une seule personne, celle-ci est dénommée 'associé unique' (...).*» (voy. Projet de loi n° 5352, *op. cit.*, chambre des députés, sess. ord. 2003-2004, 30 juin 204, Commentaire des articles, p. 33)

— Art. 26, paragraphe (1), Loi 10 août 1915 aux termes duquel :

«(1) *La constitution d'une société anonyme requiert :*

*1) qu'il y ait un associé au moins; (...)*»

— Art. 27, 1), L. 10 août 1915 disposant que :

«*L'acte de société indique :*

*1) l'identité de la ou des personnes physiques ou morales qui ont signé l'acte ou au nom desquelles il a été signé;*

(... )» (souligné par nous).

personne (141). Par ailleurs rien ne s'oppose à ce qu'une SAU devenue telle «*par dégénérescence*» redevienne pluripersonnelle par la suite et ainsi de suite. Le passage de la forme pluripersonnelle à la forme unipersonnelle et vice-versa, ou encore l'adoption *ab initio* de l'une de ces formes n'a en soi aucune incidence sur le régime applicable à cette société anonyme, sauf les adaptations/assouplissements portés par la loi du 25 août 2006 qui s'imposaient/apparaissaient souhaitables du fait que la SAU ne comporte qu'un seul associé.

Cette orientation a été résumée par la chambre de commerce dans son avis relatif au projet 5352 qui aboutit à la loi du 25 août 2006 : «*(...) la SA unipersonnelle de droit luxembourgeois ne constitue pas une forme de société nouvelle, mais seulement un aménagement des règles de la SA. Elle sera régie par toutes les dispositions applicables à la SA 'classique', hormis celles incompatibles avec sa nature unipersonnelle*» (142).

#### b) *Fonctionnement de la SAU*

**16.3. — Généralités.** C'est au niveau du fonctionnement de la société que la nature unipersonnelle de la SA a suscité quelques adaptations et assouplissements. Ceux-ci portent sur le fonctionnement de l'assemblée générale et des organes de gestion.

**16.4. — Assemblée générale.** La loi du 25 août 2006 apporte les modifications suivantes à l'article 67 de la loi du 10 août 1915 :

*«(1) L'assemblée générale des actionnaires a les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société.*

*Lorsque la société compte un associé unique, il exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée générale.*

*(...)*

(141) Voy. *supra*, n° 15 et la note 127.

(142) Projet n° 5352 de loi concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle, modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et certaines autres dispositions légales, chambre des députés, sess. ord. 2005-2006, 23 décembre 2005, avis de la chambre de commerce, document n° 5352<sup>3</sup>, p. 18.

*(2) Les statuts déterminent le mode de délibération de l'assemblée générale et les formalités nécessaires pour y être admis. En l'absence de dispositions, les nominations se font et les décisions se prennent d'après les règles ordinaires des assemblées délibérantes; les procès-verbaux sont signés par les membres du bureau et par les actionnaires qui le demandent; les copies à délivrer aux tiers sont certifiées conformes à l'original dans les cas où les délibérations de l'assemblée ont été constatées par acte notarié, par le notaire dépositaire de la minute en cause, sinon par la personne désignée à cet effet par les statuts, ou à défaut, par le président du conseil d'administration ou, selon le cas, du directeur ou la personne qui le remplace, ces personnes répondant des dommages pouvant résulter de l'inexactitude de leur certificat.*

***Si la société compte un associé unique, ses décisions sont inscrites dans un procès-verbal***

*(...)» (souligné par nous).*

Les dispositions ayant servi de **modèle** à la réforme sont les suivantes :

- Art. 200-2, alinéa 1<sup>er</sup> et 2, Loi 10 août 1915 applicable à la SARLU :

*«L'associé unique exerce les pouvoirs attribués à l'assemblée des associés.*

*Les décisions de l'associé unique prises dans le domaine visé à l'alinéa 1<sup>er</sup> sont inscrites sur un procès-verbal ou établies par écrit.*

*(...)»*

- Art. 267 du code belge des sociétés applicable à la SPRLU :

*«Lorsque la société ne compte qu'un seul associé, il exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée générale. Il ne peut les déléguer».*

- Art. 646, §2, alinéas 2 et 3, du code belge des sociétés applicable à la SA devenue unipersonnelle par la réunion des actions entre les mains d'une seule personne (situation qui devra demeurer temporaire) :

*«L'actionnaire unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée générale. Il ne peut les déléguer. Les décisions de l'actionnaire unique agissant en lieu et place de l'assemblée générale sont consignées dans un registre tenu au siège social».*



- Art. L. 233-1, alinéa 2, 2<sup>e</sup> phrase, du code de commerce français applicable à la SARLU :

*«L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus à l'assemblée générale des associés par les dispositions du présent chapitre».*

- Art. L. 223-31, alinéa 3, du code de commerce français applicable à la SARLU :

*«L'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs. Ses décisions, prises au lieu et place de l'assemblée, sont répertoriées dans un registre».*

- Art. L. 227-1, alinéa 2, 2<sup>ème</sup> phrase, du code de commerce français applicable à la SASU :

*«L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus aux associés lorsque le présent chapitre prévoit une prise de décision collective».*

- Art. L. 227-9 du code de commerce français applicable à la SASU :

*«L'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs. Ses décisions sont répertoriées dans un registre».*

On remarquera que les dispositions retenues pour la SAU ne comportent pas la précision — faite pour les SPRLU belge, SA devenue unipersonnelle belge, SARLU et SASU françaises — selon laquelle l'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs. Cette abstention, par ailleurs conforme au texte (ci-dessus) retenu pour la SARLU luxembourgeoise, fut intentionnelle. Par conséquent l'associé unique, souvent domicilié à l'étranger, pourra déléguer ses pouvoirs à une personne physique ou morale ce qui présente une utilité pratique incontestable (143).

---

(143) En ce sens également : A. COURET, *op. cit.*, n° 18.

Notons qu'en droit belge la contradiction entre les termes de l'article 280 (les associés peuvent se faire représenter par un mandataire) et de l'article 267 du code des sociétés (l'associé unique ne peut «déléguer» ses pouvoirs) donne lieu à une controverse quant à la permissibilité de la représentation de l'associé unique à l'assemblée. Voy. M. COIPEL, V° Les sociétés à responsabilité limitée in *Le répertoire notarial*, T. XII — Le droit commercial, Livre IV, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 7-11, p. 126 : *«L'associé unique peut-il se faire représenter à l'assemblée générale comme le prévoit l'article 280 du code des sociétés? Il y a ici une controverse provenant d'une différence de rédaction entre les versions française et néerlandaise de l'article 136bis, alinéa 1 in fine des [lois coordonnées sur les sociétés] ('il ne peut les déléguer' et 'hij kan die niet overdragen' [note de l'auteur soussigné : traduction : 'il ne peut pas les céder']). Cette différence a, malheureuse-*

Bien entendu, l'actionnaire n'aura pas à procéder aux formalités de convocation de l'assemblée générale, précisées à l'art. 67-1 de la loi du 10 août 1915, pour tout le temps où la SA demeurera unipersonnelle. Il importe de faire observer à cet égard que même dans les SA pluripersonnelles régies par le droit luxembourgeois, les associés ont la faculté de renoncer à l'unanimité à l'accomplissement de ces formalités (144).

*ment, été maintenue telle quelle à l'article 267 du code des sociétés. Selon une première opinion* [note de l'auteur soussigné : H. OLIVIER, Th. AFSCHRIFT, F. DE SAGHER, H. MICHEL & M. COIPEL], *aucune délégation n'est possible, l'associé unique devant toujours exercer personnellement le droit de vote. Selon une seconde opinion, au contraire* [note de l'auteur soussigné : J.-M. NELISSEN GRADE, J. LIEVENS, K. GEENS et M. WYCKAERT], *la disposition légale interdit à l'associé de se déposséder purement et simplement des pouvoirs dont il dispose à la place de l'assemblée générale mais ne l'empêche pas de donner des procurations particulières et limitées 'voor een beslissing of een reeks beslissingen'* [note de l'auteur soussigné : traduction : 'pour une décision ou une série de décisions']» .

Au cours de l'élaboration des textes luxembourgeois il a été estimé préférable de ne pas «importer» cette controverse belge sur un sujet où il apparaît préférable de laisser jouer le droit commun du mandat.

(144) Voir la jurisprudence suivante (dont les enseignements rejoignent le droit belge) :

— Dans une espèce où les actionnaires, ayant vainement sommé à plusieurs reprises le conseil d'administration de convoquer une assemblée générale (AG) extraordinaire, se sont spontanément réunis et ont notamment décidé à l'unanimité de révoquer les administrateurs, AG dont la validité est contestée par les dits administrateurs, faisant valoir que ni les actionnaires ni les administrateurs n'avaient été formellement convoqués à cette assemblée, la cour d'appel a décidé (20 janvier 1999, R. n° 19106) :

*«Même si aucun texte légal ne prévoit formellement la possibilité d'une 'auto-convocation' de l'assemblée générale par elle-même, le tribunal a admis à juste titre que cette dernière était possible.*

*Cette possibilité se dégage nécessairement du principe, admis en doctrine et jurisprudence, que lorsque tous les actionnaires sont d'accord pour se réunir sans formalités, toute convocation est superflue* (cf. *Novelles Droit commercial*, tome 3, n° 26404, p. 391 ; J.-M. VAN HILLE, *La société anonyme*, n° 410 ; Jacques T'KINT, *Les Sociétés Anonymes Guide Pratique*, n° 153, p. 70 ; RESTEAU, *Traité des Sociétés Anonymes*, n° 1142, p. 256)».

La Cour confirme dès lors le jugement attaqué :

*«(...) en ce qu'il a été décidé que les formalités de convocation des actionnaires ainsi que celles ayant trait à l'ordre du jour, sont prévues dans l'intérêt exclusif des actionnaires, et que les appelants qui ne sont pas actionnaires, n'ont partant pas qualité pour invoquer le non-respect de ces formalités.(...)»*

*Il est en outre admis que seuls les actionnaires, les commissaires et les obligataires doivent être convoqués aux assemblées générales* (Jean-Marie VAN HILLE, *La Société Anonyme*, n° 418, p. 183) *(...) aucun texte ne prévoyant la convocation des administrateurs.*

Il n'est par ailleurs pas contestable que les appelants avaient connaissance de la tenue de l'assemblée puisqu'ils avaient à plusieurs reprises été sommés de la

**16.5. — Les organes de gestion.** La loi du 25 août 2006 a également instauré la faculté, tant pour la société européenne (SE) que pour la société anonyme « nationale » (145), de se doter d'un régime dualiste de gestion (directoire et conseil de surveillance).

**16.5.1. — Composition de l'organe de gestion.** Fidèle à l'orientation généralement retenue d'instituer la SAU en simple modalité du genre société anonyme, le législateur luxembourgeois laisse au départ le choix à l'associé d'opter entre la constitution d'un conseil d'administration d'au moins trois membres (art. 51, L. 10 août 1915) si le régime moniste de gestion est retenu et la composition d'un directoire comportant un nombre de membres fixé par les statuts ou l'assemblée générale (art. 60bis-2, L. 10 août 1915) si le régime dualiste de gestion est retenu (146).

Néanmoins la loi du 25 août 2006 tient compte de la nature particulière de la SAU et permet

— dans la SAU ayant opté pour un régime moniste de gestion que la composition du conseil d'administration se limite à un

---

*convoquer. Ils n'établissent pas davantage qu'ils auraient été empêchés d'y participer malgré leur désir exprimé dans ce sens».*

— Cour d'appel, 26 octobre 1999, R. n° 23801 (des administrateurs demandent la suspension des effets d'une AG qui les a révoqués et à laquelle ils ne furent pas convoqués) :

*«Si en principe l'assemblée est convoquée par le conseil d'administration agissant collégalement, la doctrine admet largement que l'envoi de convocations est superflu, si les actionnaires sont d'accord de se réunir en assemblée générale. Le fait qu'ils y soient tous présents apporte la preuve de cet accord et la justification du non-envoi des convocations. Cette façon de procéder est fréquente dans des sociétés appelées familiales où les contacts entre actionnaires sont réguliers. Il ne faut toutefois pas que la société ait émis des obligations ou créé des droits de souscription. En effet les porteurs d'obligations ou titulaires d'un droit de souscription ont le droit d'assister, avec voix consultative, aux assemblées.*

*De plus les formalités de convocation des actionnaires ainsi que celles ayant trait à l'ordre du jour sont prévues dans l'intérêt exclusif des actionnaires; les appelants qui ne sont pas actionnaires n'ont partant pas qualité pour invoquer le non-respect de ces formalités».*

(145) Contrairement au droit belge qui s'est contenté de façonner un régime dualiste optionnel pour la seule SE (option qui aux termes du règlement européen précité doit être rendue disponible pour les SE) : voy. les art. 900 et s. du code belge des sociétés.

(146) Pour cette observation également : A. COURET, *op. cit.*, n°s 23-24.

seul membre jusqu'à la constatation de l'existence de plus d'un associé au sein de la société (Art. 51, Loi 10 août 1915) :

*« Les administrateurs doivent être au nombre de trois au moins. Toutefois, lorsque la société est constituée par un associé unique ou que, à une assemblée générale des actionnaires, il est constaté que celle-ci n'a plus qu'un associé unique, la composition du conseil d'administration peut être limitée à un membre jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation de l'existence de plus d'un associé. »*

*Dans la société européenne (SE), le nombre d'administrateurs ou les règles pour sa détermination sont fixés par les statuts de celle-ci. Néanmoins, les administrateurs doivent être au nombre de trois au moins lorsque la participation des travailleurs dans la société européenne (SE) est organisée en transposition de la directive 2001/86/CE.*

(...)» (souligné par nous).

Cette règle s'inspire de l'art. 518, §1<sup>er</sup>, alinéa 2, du code belge des sociétés qui érige une faculté similaire pour la SA ne comportant que deux associés (147) ;

— dans la SAU ayant retenu un régime dualiste de gestion que la composition du directoire se limite à une seule personne (Art. 60bis-2, Loi 10 août 1915) :

*« (1) La société anonyme est dirigée par un directoire. Le nombre de ses membres ou les règles pour sa détermination sont fixés par les statuts pour la société européenne (SE). Dans la société anonyme, ils sont fixés par les statuts ou, à défaut, par le conseil de surveillance. »*

*(2) Dans les sociétés anonymes unipersonnelles ou dont le capital est inférieur à 500.000 euros, une seule personne peut exercer les fonctions dévolues au directoire. »*

(...)» (souligné par nous).

---

(147) Art. 518, §1<sup>er</sup>, du code belge des sociétés :

*« Les administrateurs doivent être au nombre de trois au moins. »*

*Toutefois, lorsque la société est constituée par deux fondateurs ou que, à une assemblée générale des actionnaires de la société, il est constaté que celle-ci n'a pas plus de deux actionnaires, la composition du conseil d'administration peut être limitée à deux membres jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation par toute voie de droit de l'existence de plus de deux actionnaires. »*

(...)»

Par ailleurs, en vertu de l'art. 60*bis*-14 de la loi 10 août 1915 (148), le conseil de surveillance d'une SAU pourra également ne comporter qu'un seul membre.

Cette double solution a été retenue en vue d'instaurer une certaine cohérence dans les règles applicables à la SAU moniste et à la SAU dualiste (149).

L'actionnaire unique pourra être soit le membre unique du directoire, soit le membre unique du conseil de surveillance, mais non les deux à la fois (150). Le membre du directoire pourra être nommé soit par l'associé unique soit par le membre unique du conseil de surveillance (151).

Toutefois l'usage de ces facilités réservées à la SAU n'est qu'optionnel et l'associé unique pourrait fort bien préférer instituer un organe de gestion plural éventuellement composé de non-associés selon le régime généralement applicable à la SA pluri-personnelle (152).

### 16.5.2. — Conflit d'intérêts au sein de l'organe de gestion. Ici encore la loi distingue logiquement entre

— la SAU ayant opté pour un régime moniste de gestion et un administrateur unique (Art. 57, L. 10 août 1915) :

*«L'administrateur qui a un intérêt opposé à celui de la société, dans une opération soumise à l'approbation du Conseil d'administration, est tenu d'en prévenir le conseil et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la séance. Il ne peut prendre part à cette délibération.*

*Il est spécialement rendu compte, à la première assemblée générale, avant tout vote sur d'autres résolutions, des opérations dans lesquelles un des administrateurs aurait eu un intérêt opposé à celui de la société.*

(148) S'agissant de la composition de ce conseil, cette disposition opère renvoi à l'art. 51, précité, de la loi du 10 août 1915 : *«Sont applicables au conseil de surveillance les dispositions des articles 51, 51bis et 52»*.

(149) Projet de loi n° 5352, *op. cit.*, chambre des députés, sess. ord. 2003-2004, 30 juin 204, Commentaire des articles, p. 43.

(150) en vertu de l'art. 60 *bis*-17, paragraphe (1), Loi 10 août 1915 lequel dispose que nul ne peut être à la fois membre du directoire et du conseil de surveillance.

(151) Ceci en vertu de l'article 60*bis*-3 de la loi du 10 août 1915 :

*«Les membres du directoire sont nommés par le conseil de surveillance.*

*Les statuts peuvent néanmoins attribuer à l'assemblée générale le pouvoir de nommer les membres du directoire. Dans ce cas, seule l'assemblée est compétente»*.

(152) En ce sens également : A. COURET, *op. cit.*, n°s 27-29.

**Par dérogation aux alinéas 1 et 2, lorsque la société comprend un administrateur unique, il est seulement fait mention dans un procès-verbal des opérations intervenues entre la société et son administrateur ayant un intérêt opposé à celui de la société.**

*Les dispositions des alinéas qui précèdent ne sont pas applicables lorsque les décisions du conseil d'administration ou de l'administrateur concernent des opérations courantes et conclues dans des conditions normales». (souligné par nous)*

Cette règle puise au départ (loi du 25 août 2006) son inspiration dans les articles 260 et 261 du code belge des sociétés (153) applicables à la SPRLU et l'article L. 227-10, alinéa 4, du code de commerce français (154) régissant la SASU en marquant sa

---

(153) Art. 260 du code belge des sociétés :

*«S'il n'y a pas de collège de gestion et qu'un gérant se trouve placé dans l'opposition d'intérêts visée à l'article 259, §1<sup>er</sup>, il en réfère aux associés et la décision ne pourra être prise ou l'opération ne pourra être effectuée pour le compte de la société que par un mandataire ad hoc».*

Art. 261 du code belge des sociétés :

*«Lorsque le gérant est l'associé unique et qu'il se trouve placé dans l'opposition d'intérêts visée à l'article 259, §1<sup>er</sup>, il pourra prendre la décision ou conclure l'opération mais il devra rendre spécialement compte de celle-ci dans un document à déposer en même temps que les comptes annuels.*

*Il sera tenu tant vis-à-vis de la société que vis-à-vis des tiers de réparer le préjudice résultant d'un avantage qu'il se serait abusivement procuré au détriment de la société.*

*Les contrats conclus entre lui et la société sont, sauf en ce qui concerne les opérations courantes conclues dans des conditions normales, inscrits dans le document visé à l'alinéa 1<sup>er</sup>».*

(154) Art. L227-10 du code de commerce français :

*«Le commissaire aux comptes ou, s'il n'en a pas été désigné, le président de la société présente aux associés un rapport sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et son président, l'un de ses dirigeants, l'un de ses actionnaires disposant d'une fraction des droits de vote supérieure à 10 % ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3.*

*Les associés statuent sur ce rapport.*

*Les conventions non approuvées, produisent néanmoins leurs effets, à charge pour la personne intéressée et éventuellement pour le président et les autres dirigeants d'en supporter les conséquences dommageables pour la société.*

**Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, lorsque la société ne comprend qu'un seul associé, il est seulement fait mention au registre des décisions des conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et son dirigeant.» (souligné par nous).**

Selon le professeur Couret (op. cit., n° 34), «(...) dans la SASU, les conventions passées avec le Président ne font pas l'objet d'un rapport du commissaire aux comp-

préférence pour une solution libérale conforme à l'esprit de la législation sociétaire luxembourgeoise. Cette disposition fut modifiée à la suggestion de la commission juridique dans le cadre de la loi du 23 mars 2007, la commission estimant que lorsque la société unipersonnelle compte plusieurs administrateurs, la procédure « ordinaire » prévue à l'article 57 doit s'appliquer et que, par conséquent, la règle ne peut concerner que l'hypothèse d'une SA unipersonnelle par ailleurs dotée d'un administrateur unique, ainsi que le permet l'art. 51 de la loi du 10 août 1915. Cette modification répondait également au souci de maintenir une convergence avec celle, posée par l'art. 60bis-18 de la loi du 10 août 1915, concernant le directoire ou le conseil de surveillance doté d'un seul membre (pour rappel : la société unipersonnelle ou dotée d'un capital inférieur à 500.000 euros peut avoir un directoire d'un seul membre — art. 60bis-2, paragraphe (2) — et le conseil de surveillance peut ne compter qu'un seul membre dans la société unipersonnelle en application des art. 60bis-14 et 51 de la loi du 10 août 1915) (155).

— la SAU qui s'est dotée d'un régime dualiste et d'un membre du directoire et/ou d'un membre unique dans son conseil de surveillance (Art. 60bis-18, Loi 10 août 1915) :

*« (1) Le membre du directoire ou du conseil de surveillance qui a un intérêt opposé à celui de la société, dans une opération soumise à l'approbation du directoire ou du conseil de surveillance, est tenu d'en prévenir le directoire ou le conseil et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la séance. Il ne peut prendre part à cette délibération. »*

*Il est spécialement rendu compte, à la première assemblée générale, avant tout vote sur d'autres résolutions, des opérations dans lesquelles*

---

*tes. Elles doivent être mentionnées sur le registre des décisions (article L 227-10, al. 4) ; si la convention est avec l'associé unique, il n'y a ni rapport du commissaire aux comptes, ni mention de la décision sur le registre des décisions ».*

(155) Projet de loi modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, chambre des députés, *sess. ord.* 2006-2207, n° 4992/06, amendements adoptés par la commission juridique, p. 3 : « Cette disposition ne fait de sens que si la société n'est gérée que par un administrateur unique. Une société ayant un seul associé peut avoir un conseil d'administration et dans pareille hypothèse les deux premiers alinéas de l'article 57 trouvent à s'appliquer. Cette disposition est le pendant de l'article 60bis-18 de la Loi qui s'applique aux membres du directoire ou du conseil de surveillance ».

*un des membres du directoire ou du conseil de surveillance aurait eu un intérêt opposé à celui de la société.*

*Par dérogation aux alinéas 1<sup>er</sup> et 2, lorsque le directoire ou le conseil de surveillance de la société ne comprend qu'un seul membre, il est seulement fait mention dans un procès-verbal des opérations intervenues entre la société et son membre du directoire ou du conseil de surveillance ayant un intérêt opposé à celui de la société.*

*(2) Lorsque l'opération visée au paragraphe précédent fait apparaître un intérêt opposé entre la société et un membre du directoire, l'autorisation du conseil de surveillance est en outre requise.*

*(3) Les dispositions des paragraphes qui précèdent ne sont pas applicables lorsque les décisions envisagées concernent des opérations courantes et conclues dans des conditions normales».*

**17. — Conclusion : la SAU, une technique d'organisation simplifiée.** La frilosité d'antan vis-à-vis du «monstre juridique» que constituerait une *société unipersonnelle*, à savoir une contradiction *in terminis*, a fait place au pragmatisme. L'avènement de la société unipersonnelle n'a nulle part constitué une révolution où la conception contractuelle de la société aurait été sacrifiée à une vision institutionnelle. La société demeure un contrat là où plusieurs ont décidé de s'engager ensemble dans l'aventure sociétaire. Mais la technique organisationnelle a eu un tel succès qu'elle a désormais vocation à s'étendre à toute entreprise dont la composition unipersonnelle ou pluripersonnelle ne peut être figée et dont on comprendrait mal que la structuration puisse être fondamentalement bousculée en raison des fluctuations de sa composition.



SECTION 3. — LES TECHNIQUES  
DE RESTRUCTURATION SOCIÉTAIRE (156)

**18. — Approche transversale.** On aborde ici les matières couvertes par les deux lois, précitées (*supra*, n° 5) du 23 mars 2007. La matière des fusions et scissions (art. 257 *et s.*, L. 10 août 1915) a été réformée, essentiellement en vue de rendre ces techniques accessibles à l'ensemble des sociétés dotées de la personnalité juridique régies par la loi du 10 août 1915 et aux G(E)IE en une approche transversale (157) consistant à développer un droit commun applicable à l'ensemble des personnes morales de droit privé (régies par la loi du 10 août 1915 et la loi du 25 mars 1991 sur les groupements d'intérêt économique) (*supra*, n° 9.2). Outre cette réforme, d'autres techniques de restructuration ont été introduites dans la loi du 10 août 1915 : le transfert (partiel) d'actifs (art. 308*bis*-2), le transfert de branche d'activité (art. 308*bis*-3), le transfert d'universalité (art. 308*bis*-4), la cession à titre gratuit ou onéreux d'actifs, de branche d'activité ou d'une universalité (art. 308*bis*-5) et le transfert de patrimoine professionnel (art. 308*bis*-6 *et s.*). Celles-ci sont également accessibles aux sociétés dotées de la personnalité juridique et aux groupements d'intérêt économique (art. 308*bis*-1) et, pour le transfert de patrimoine professionnel, aux personnes physiques (art. 308*bis*-6). Chemin faisant, le législateur a puisé son inspiration dans les droits français et belge essentiellement et, pour le transfert de patrimoine professionnel, le droit suisse. C'est donc une double préoccupation d'ouverture qui a animé le législateur : d'une part, il s'agissait d'ouvrir des techniques existantes à d'autres types de sociétés que les SA et, d'autre part, il fallait élargir la palette des techniques de restructuration disponibles.

---

(156) Sur celles-ci : J.-P. SPANG, «Les restructurations d'entreprises», *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, *op. cit.*, pp. 75 et s. Pour une analyse de la technique de transfert de patrimoine professionnel selon une optique comparative droit suisse/droit luxembourgeois, cons. R. BAHAR, «Le transfert de patrimoine professionnel — Une contribution helvétique au droit des sociétés luxembourgeois», *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, *op. cit.*, pp. 107 et s.

(157) Pour cette expression : J.-P. SPANG, *op. cit.*, p. 84.

§1. — *Modifications apportées au régime  
des fusions et scissions*

**19. — Extension à tous les types de sociétés dotées de la personnalité juridique et aux G(E)IE.** Le droit des fusions et scissions était demeuré largement inexistant dans les textes au Luxembourg jusqu'à la loi du 7 septembre 1987 (158) qui a transposé les directives européennes en la matière, à savoir la directive 78/855 du 9 octobre 1978 concernant les fusions de sociétés anonymes (dite «troisième directive») (159) et la directive 82/891 du 17 décembre 1982 concernant les scissions de sociétés anonymes (dite «sixième directive») (160). Lors de cette transposition, le législateur luxembourgeois était demeuré fidèle à sa ligne de politique législative généralement suivie pour la transposition d'une directive, qui pourrait se résumer par : «toute la directive mais rien que la directive», suivant en cela sa *«tradition de choix de la solution la plus libérale possible»* (161). Par conséquent seules les fusions et scissions entre sociétés *anonymes* étaient visées et organisées par la loi, précitée, du 7 septembre 1987. Comme l'a fait observer J.-P. Spang, cette limitation présentait des inconvénients pratiques pouvant nuire à la compétitivité de la place financière (162), d'autant plus que les droits français et belge reconnaissent la possibilité d'une fusion/scission entre des sociétés de formes différentes. Désormais, depuis la loi du 23 mars 2007, les opérations de fusion/scission sont ouvertes :  
— aux sociétés dotées de la personnalité morale en vertu de la loi du 10 août 1915, soit : les sociétés civiles, les sociétés en nom

---

(158) Loi du 7 septembre 1987 modifiant la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, *Mém. A*, n° 77, 15 septembre 1987, pp. 1792 et s.; *Doc. parl.* 2897.

(159) *J.O.*, n° L. 295, 20 octobre 1978.

(160) *J.O.*, n° L. 378, 31 décembre 1982.

(161) A. STEICHEN, *op. cit.*, n° 14 (l'auteur faisant observer que cette politique en matière de transposition des directives a paradoxalement pour effet d'éloigner plus que de rapprocher le droit luxembourgeois du droit des pays limitrophes). Voy. également I. CORBISIER & A. PRÜM, «Le droit luxembourgeois des sociétés : une conception contractuelle et une personnalité morale non obligatoire», *Bicentenaire du Code de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2007, spéc. n° 8.

(162) J.-P. SPANG, *op. cit.*, p. 83 : ainsi notamment le besoin de réaliser des fusions de SARL se faisait fortement ressentir, ce qui amenait le recours à des artifices, comme la transformation de la SARL en SA avant la fusion/scission et la re-transformation en SARL après l'opération.

collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés en commandite par actions, les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés coopératives;

- aux groupements (éventuellement européens) d'intérêt économique, visés par deux lois du 25 mars 1991 (art. 257 et 285, L. 10 août 1915).

Les sociétés demeurant exclues de cette opération sont donc :

- celles qui n'ont pas la personnalité juridique (société de fait, associations momentanées et en participation (163)), exclusion au demeurant logique puisque *«l'opération de fusion-scission est intimement liée à la personnalité juridique distincte dont peut jouir une société et dont jouit un groupement d'intérêt économique»* (164), en ce qu'elle postule la continuation de la personnalité de la société absorbée dans l'entité fusionnée ou bénéficiant de la scission (165);
- celles qui ne tiennent pas leur personnalité de la loi du 10 août 1915, comme les «associations» agricoles.

Cette extension du champ d'application de la réglementation des fusions/scissions a bien sûr entraîné l'édiction de règles supplémentaires quant à la prise de décision des associés et porteurs de titres puisque l'opération peut porter atteinte soit au caractère plus ou moins *intuitu personae* des relations entre associés (ex. : une société dite «de personnes» pourrait être absorbée par une société de capitaux) soit à leur régime de responsabilité (ex. : une SA est absorbée par une société en nom collectif). Ces règles, figurant aux articles 263, 267*bis* (fusions) et 291, 296*bis* (scissions) de la loi du 10 août 1915 sont étroitement inspirées des articles 698-699 et 735-736 du code belge des sociétés (166). Par ailleurs, étant donné que certaines des formes de sociétés auxquelles l'opération de fusion/scission est dorénavant ouverte ne sont pas soumises à l'exigence d'un acte notarié à l'occasion de

---

(163) Voy. art. 2, alinéa 5 et 6, L. 10 août 1915. Leur équivalent dans le code belge des sociétés sont les sociétés momentanées (art. 47) et les sociétés internes (art. 48).

(164) Projet de loi modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, chambre des députés, sess. ord. 2001-2002, n° 4992, p. 23.

(165) Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, T. 1<sup>er</sup>, Diegem, Kluwer, 1996, n° 755.

(166) Pour un commentaire : J.-P. SPANG, *op. cit.*, pp. 86-91.

leur constitution (société civile, société en nom collectif, société en commandite simple, société coopérative et groupement d'intérêt économique), les articles 271 (fusions) et 300 de la loi du 10 août 1915 ont été modifiés en vue d'y introduire un paragraphe (3) posant un principe de parallélisme quant à la forme de l'acte entre ce qui est prescrit aux sociétés concernées pour leur constitution et la forme à adopter pour l'établissement des actes dans le cadre d'une opération de fusion/scission (167).

## 20. — Autres modifications.

**20.1. — Sociétés en faillite.** Dans un souci d'ouvrir au maximum les possibilités de restructuration sociétaires, il a été fait usage de l'option, ouverte par les 3<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> directives mais non exercée dans le cadre de la loi du 7 septembre 1987, consistant à ouvrir désormais la possibilité de participer à une opération de fusion/scission aux sociétés en faillite, concordat ou autre procédure analogue tels que le sursis de paiement, la gestion contrôlée ou une procédure instituant une gestion ou une surveillance spéciale (art. 257, alinéa 2, et 285, alinéa 2, L. 10 août 1915).

**20.2. — Protection des créanciers.** Les articles 268 et 297 instituent le régime de protection des créanciers à l'occasion de la réalisation d'une opération de fusion/scission. La loi du 23 mars 2007 modifie ces dispositions pour faire courir le délai de deux mois durant lequel les créanciers sont en droit de demander la constitution de sûretés à partir de la date de publication des *actes* de fusion/scission. La règle antérieure faisait courir le délai à compter de la date de publication du *projet* de fusion/scission. La solution retenue s'aligne désormais sur celle du droit belge (168) (169).

En outre, les articles 268 (paragraphe (2) et (3)) et 297 (paragraphe (3) et (4)) précités sont complétés, sur le modèle de l'article 685 du code belge des sociétés, pour prévoir que si une partie à la fusion/scission est une société caractérisée par un

---

(167) On notera que la situation retenue se départit du droit belge (art. 700 du code belge des sociétés), lequel impose de manière générale la forme notariée et le contrôle du notaire, donc également aux sociétés pour lesquelles la forme notariée n'est pas imposée à l'occasion de leur constitution.

(168) Art. 684 du code belge des sociétés.

(169) Pour une appréciation critique, voy. J.-P. SPANG, *op. cit.*, p. 91.

régime de responsabilité illimitée, les associés restent tenus, solidairement ou conjointement (170), du passif après la restructuration.

**20.3. — Sociétés étrangères.** Il s'agit de faire observer une autre ouverture, issues des deux lois du 23 mars 2007, à la procédure de fusion/scission : celles visant les sociétés étrangères participant à une telle opération. Ainsi les articles 257, alinéa 3, et 285, alinéa 3, prévoient qu'une société ou un groupement d'intérêt économique peut également contracter une opération de fusion ou de scission avec une société ou groupement d'intérêt économique étranger pour autant que le droit national de cette dernière ou de ce dernier ne s'y oppose pas. Cette disposition a été spécifiquement voulue (pas d'influence du droit des pays avoisinants sur cette question) qui a entendu (en 2002) : *«Ouvrir d'ores et déjà en droit positif luxembourgeois sans attendre les éventuels développements qui doivent venir du droit européen en matière d'opérations transfrontalières de fusion ou de transfert de siège ou encore dans le cadre de la société européenne (...), la possibilité de réaliser des opérations impliquant des sociétés étrangères ou des G.(E.)I.E. étrangers pour autant bien sûr que le droit national de ces sociétés ou groupements ne s'y oppose pas»* (171). Cette initiative s'est accompagnée, s'agissant de la fusion par absorption d'une société de droit étranger, de quelques aménagements de la procédure (172).

---

(170) Cas de la société civile.

(171) Projet de loi modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, chambre des députés, sess. ord. 2001-2002, n° 4992, commentaire des articles, p. 24.

(172) Voy. l'art. 271, paragraphe (2), alinéas 2 et 4, de la loi du 10 août 1915 disposant qu'en cas de constitution d'une société européenne (SE) par la voie d'une fusion ou en cas de fusion par absorption d'une société de droit étranger par une société, le notaire délivre un certificat attestant d'une manière concluante l'accomplissement des actes et des formalités préalables à la fusion. Lorsque la fusion se réalise par l'absorption d'une société de droit étranger, le notaire, en vue d'effectuer le contrôle de légalité qui lui incombe, reçoit de chaque société qui fusionne un certificat attestant de l'accomplissement par la société absorbée des formalités lui incombant en vertu de son droit national, établi par un notaire ou toute autorité compétente par rapport au siège de chaque société qui fusionne ainsi qu'une copie du projet de fusion approuvé par chaque société. Le notaire contrôle en particulier que les sociétés qui fusionnent ont approuvé un projet de fusion dans les mêmes termes. Par ailleurs l'article 276 de la loi du 10 août 1915

L'attention particulière qui a été accordée à la fusion par absorption d'une société de droit étranger a certes été dictée par les circonstances, à savoir : «*l'urgence de la fusion annoncée entre la société de droit luxembourgeois Arcelor et la société de droit étranger Mittal Steel et l'importance de cette fusion pour l'économie nationale*» (173). Néanmoins l'inscription du principe permettant généralement les opérations de fusion/scission avec des sociétés de droit étranger était prévue dès le dépôt, en 2002, du projet 4992 ayant abouti à la première loi du 23 mars 2007, soit bien avant que la fusion Arcelor/Mittal ne suscite l'intervention d'urgence du gouvernement luxembourgeois (seconde loi du 23 mars 2007).

Plus spécifiquement dans la sphère européenne, le domaine des fusions transfrontalières a donné lieu à l'adoption de la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions des sociétés de capitaux (174). La transposition de cette directive fait notamment l'objet du projet 5829 (précité *supra*, n° 8.2) récemment déposé à la chambre des députés.

§2. — *Introduction de nouvelles techniques  
de restructuration d'inspiration franco-belge*

**21. — Opérations pouvant être soumises de commun accord à la procédure de la scission.**

**21.1. — Apports partiels d'actifs, de branche d'activité, d'universalité et cession, à titre gratuit ou onéreux, de ces mêmes objets.** La loi du 23 mars 2007 (projet 4992) a défini quatre autres opérations de restructuration dont le champ d'application *rationae personae* est le même que celui désormais défini pour le recours à la procédure de fusion/scission

---

prévoit que la nullité d'une fusion par absorption d'une société de droit étranger ne peut être prononcée.

Voy. également l'article 273*bis*, paragraphe (3), de la loi du 10 août 1915 quant à la date de prise d'effet de l'opération.

(173) Projet de loi portant modification des articles 257, 271, 273*bis* et 276 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, n° 5658<sup>2</sup>, chambre des députés, sess. ord. 2006-2007, 22 février 2007, Avis du Conseil d'Etat, p. 1.

(174) *J.O.*, n° L. 310, 25 novembre 2005.

(art. 308bis-1, L. 10 août 1915, *supra*, n<sup>os</sup> 1819). Ces opérations sont les suivantes :

- 1) ***l'apport partiel d'actifs***. Avant l'intervention du législateur, la technique de l'apport en nature (art. 26-1, L. 10 août 1915) était la seule qui, prévue par la loi du 10 août 1915, permettait de réaliser une telle opération sans effet de transmission universelle;
- 2) ***l'apport de branche d'activité***. La définition belge (175) de ce qui constitue une «branche d'activité» est ici reprise à l'art. 308bis-3 de la loi du 10 août 1915 : *«Constitue une branche d'activités un ensemble qui du point du vue technique et sous l'angle de l'organisation, exerce une activité autonome, et est susceptible de fonctionner par ses propres moyens»*;
- 3) ***l'apport d'universalité***. Cette opération, prévue en droit belge (176), est celle par laquelle une société — qui, contrairement à l'hypothèse d'une fusion/scission, continue à exister après la réalisation de la transaction — transfère l'intégralité de son patrimoine, activement et passivement, à une ou plusieurs autres sociétés moyennant l'attribution à la première société d'actions ou parts de la seconde (art. 308bis-4, L. 10 août 1915).
- 4) ***la cession à titre gratuit ou onéreux d'actifs, d'une branche d'activité ou d'une universalité***. La cession porte sur les mêmes objets que ceux prédéfinis sub 1) à 3) mais la contrepartie de la cession est différente. *«Dans les techniques précitées, qui sont des techniques d'apport, elle consiste en des actions ou parts dans la société bénéficiaire. La cession, quant à elle, peut être à titre gratuit, auquel cas il n'y a pas de rémunération. Elle peut aussi être à titre onéreux, auquel cas la rémunération est autre qu'en actions ou parts de la société*

---

(175) Art. 680 du code belge des sociétés.

(176) Art. 678 du code belge des sociétés.

*cessionnaire*» (177). Cette technique vient également du droit belge (178).

Aux termes des art. 308*bis*-2 à 308*bis*-5 de la loi du 10 août 1915 chacune de ces opérations *peut, d'un commun accord*, être soumise à la procédure de la scission, auquel cas l'avantage obtenu par les parties résidera dans la transmission universelle (active et passive) des éléments constituant l'objet transféré. Ainsi, en cas d'apport partiel d'actifs, les parties ont désormais le choix entre la technique de l'apport en nature et la soumission de l'opération à la procédure de scission. L'instauration de la possibilité d'une telle démarche volontaire est inspirée du droit français applicable aux apports partiels d'actifs (179).

**21.2. — Scission partielle?** Aucune des lois récentes (ni leurs travaux préparatoires) n'évoquent l'hypothèse de la scission partielle, c'est-à-dire l'opération par laquelle une société transfère à une ou plusieurs autres sociétés une partie de son patrimoine, activement et passivement, sans cesser elle-même d'exister et moyennant l'attribution, directement à ses propres associés, d'actions ou parts de la ou des sociétés bénéficiaires du transfert. La scission partielle se distingue donc :

- contrairement aux techniques d'apport prédécrites (apports partiels d'actifs, de branche d'activité et d'universalité), c'est aux associés de la société apporteuse — et non à la société apporteuse — que sont attribuées les actions ou parts émises par la société bénéficiaire;
- contrairement à la scission (non partielle), la société apporteuse continue à exister après le transfert (180).

Toutefois un auteur (181) a puisé, en l'article 308*bis*-6, alinéa 2, un argument de texte pour appuyer la thèse selon laquelle la loi du 10 août 1915 reconnaîtrait déjà cette technique. La teneur de cette disposition est la suivante :

---

(177) J.-P. SPANG, *op. cit.*, p. 95 (souligné par nous).

(178) Art. 770 du code belge des sociétés.

(179) Art. L. 236-22 du code de commerce français, lequel dispose que : « *La société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions des articles L. 236-16 à L. 236-21* ».

(180) J.-P. SPANG, *op. cit.*, p. 96.

(181) J.-P. SPANG, *op. cit.*, pp. 96-98.



*«Les articles 285 à 308, hormis l'article 303, s'appliquent lorsque les sujets transférant et reprenant sont des sociétés dotées de la personnalité juridique en vertu de la présente loi ou des groupements d'intérêt économique et que les associés de la société ou du groupement transférant reçoivent des actions ou parts sociales de la société ou groupement reprenant».*

Cet alinéa fait partie de la disposition qui définit le transfert de patrimoine professionnel (*infra*, §3), qui constitue une technique de transfert de patrimoine sans disparition de l'apporteur. Dès lors on se retrouve bien avec les éléments de la définition d'une scission partielle : il y a transfert d'une partie de patrimoine (le patrimoine professionnel ne constituant pas l'intégralité du patrimoine de l'apporteur), l'apporteur ne cesse pas d'exister et les actions ou parts émises en contrepartie sont attribuées directement aux associés de l'apporteur.

Toutefois la *ratio legis* de cette disposition n'était pas de reconnaître la technique de scission partielle : il s'agissait en réalité d'opérer une ligne de démarcation entre les opérations qui peuvent être soumises au régime du transfert de patrimoine professionnel et celles qui doivent demeurer sous l'emprise de la procédure de scission (182). Par ailleurs il est assez piquant d'observer que cet alinéa ne peut être compris dans le sens suggéré par l'auteur — reconnaissance implicite de la technique de scission partielle — qu'en le lisant dans le contexte général de l'art. 308bis-6, qui est de consacrer une nouvelle technique de restructuration n'emportant pas dissolution de l'apporteur (puis-

---

(182) Projet de loi modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, chambre des députés, sess. ord. 2001-2002, n° 4992, commentaire des articles, p. 34 (citant le commentaire du projet suisse ayant abouti, notamment, à la création de la technique de transfert de patrimoine qui à son tour inspira le législateur luxembourgeois pour le transfert de patrimoine professionnel) : *«En ce qui concerne l'alinéa 2 : l'intention est, à l'instar du projet suisse, de délimiter les champs d'application respectifs des procédures de scission et de transfert de patrimoine afin d'éviter une forme de 'concurrence' entre les deux opérations : '(...) seule une scission — à l'exclusion d'un transfert de patrimoine — est admissible lorsque les associés de la société transférante reçoivent des parts sociales ou des droits de sociétariat de la société reprenante. Au contraire, le transfert de patrimoine ne touche aucunement aux parts sociales ou aux droits de sociétariat des associés de la société transférante : l'éventuelle contre-prestation pour le transfert revient à la société transférante elle-même'».*

que l'alinéa lui-même ne précise pas que l'opération se fait sans disparition de l'apporteur).

Il n'est donc pas certain que l'on puisse conférer à ce texte le sens, certes ardemment souhaité par la pratique, que voudrait lui prêter J.-P. Spang. Néanmoins, l'adoption du projet 5829 (précité) lèvera définitivement l'incertitude à cet égard puisque l'article 287, paragraphe (1), de la loi du 10 août 1915 y est modifié pour lui faire prévoir que :

*«(1) La scission par absorption est l'opération par laquelle une société soit transfère, par suite de sa dissolution sans liquidation, à plusieurs autres sociétés l'ensemble de son patrimoine, activement ou passivement, soit transfère, sans dissolution, à une ou plusieurs autres sociétés, une partie ou l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux associés de la société scindée d'actions ou de parts des sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission et, éventuellement, d'une soulte en espèces ne dépassant pas 10% de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable»* (souligné par nous).

### §3. — *Le transfert de patrimoine professionnel, d'inspiration suisse (183).*

**22. — Rétroactes.** A l'époque de l'élaboration du texte qui allait devenir la première loi du 23 mars 2007 (en 2001-2002), la future loi fédérale suisse du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (184) était également à l'examen. Son volet «transfert de patrimoine» attira immédiatement l'attention au Luxembourg. Dans la mesure où l'une des préoccupations ayant animé le législateur luxembourgeois dans sa réforme du droit des restructurations était d'ouvrir la palette des techniques de restructuration disponibles (*supra*, n° 18), le gouvernement décida de se lancer dans l'expérience du transfert de patrimoine professionnel. Ainsi que le fit observer, non sans une certaine ironie, R. Bahar, *«son introduction au Luxembourg ne pouvait pas faire de mal et, au pire, serait inuti-*

(183) Cons. J.-P. SPANG, *op. cit.*, pp. 100-105; R. BAHAR, *op. cit.*

(184) LFus, RS 221.301. Contrairement à l'institution adoptée en droit luxembourgeois, le transfert de patrimoine en droit suisse est limité aux seuls commerçants et n'est pas limité à la notion de patrimoine *professionnel*.

*lisé en pratique. Il est vrai que l'expérience positive de l'importation de la fiducie suisse dans l'ordre juridique luxembourgeois et le succès qui s'en est suivi a, sans aucun doute, donné au législateur luxembourgeois le goût de l'aventure» (185).*

Le parcours parlementaire de cette institution fut cependant des plus mouvementés. Le gouvernement et la commission juridique de la chambre des députés étaient favorables à l'introduction de cette technique tandis que la chambre de commerce et le Conseil d'Etat exprimèrent leur opposition, brandissant la théorie dite «de l'unicité du patrimoine» d'Aubry & Rau : personne et patrimoine étant indissociables, admettre qu'une personne puisse se séparer de son patrimoine, fût-il professionnel, constituait à leur sens une véritable hérésie juridique dont l'introduction mettrait au surplus en danger les intérêts des créanciers du transférant (186).

En réalité, cette doctrine d'Aubry & Rau ne vaut, comme toute théorie doctrinale, que tant que le législateur n'y a pas apporté d'exception, ainsi que cela fut noté au cours des travaux préparatoires (tant la fiducie — introduite en 1983 au Luxembourg sur le modèle suisse — que le régime des OPC en constituant des illustrations notables). Il n'était d'ailleurs pas nécessaire d'entrer dans ce débat car, comme le fait observer R. Bahar (187) : *«Contrairement à ce que pourrait laisser croire son nom, le transfert de patrimoine n'empporte pas la transmission du patrimoine au sens technique du terme. Ce dernier reste rattaché à la personne physique ou morale. Ce sont certains éléments qui le composent qui passent du transférant à l'acquéreur».*

**23. — La notion de transfert de patrimoine professionnel.** Aux termes de l'article 308bis-6 de la loi du 10 août 1915 : *«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*

(185) R. BAHAR, *op. cit.*, p. 129.

(186) Voy. notamment (dans l'ordre chronologique) avis de la chambre de Commerce, *Doc. parl.*, n° 4992-2, pp. 5 et s.; avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, n° 4992-3, pp. 7 et s.; dépêche du président de la chambre des députés au président du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, n° 4992-4, pp. 5 et s.; rapport de la commission juridique de la chambre des députés, *Doc. parl.*, n° 4992-8, pp. 8 et s.

(187) R. BAHAR, *op. cit.*, p. 131.

*cadre d'une affectation professionnelle*». Comme en matière de fusion/scission (*supra*, n° 20.3) cette opération peut également intervenir avec une société, groupement d'intérêt économique et personne physique étranger pour autant que le droit national de cette dernière ne s'y oppose pas.

**23.1. — Les parties à l'opération.** Le champ d'application *rationae personae* de cette réglementation est plus large que celui retenu en matière de fusion/scission, transfert partiel d'actifs, transfert de branche d'activité ou d'universalité (*supra*, n°s 1921.1): le transfert de patrimoine professionnel est également accessible aux personnes physiques (commerçant individuel, titulaire de profession libérale). On remarquera par ailleurs que le texte ne précise pas que les sociétés (qui peuvent être civiles ou commerciales) doivent être dotées de la personnalité juridique. Est-ce à dire que cette opération serait également accessible aux sociétés dépourvues de la personnalité morale? Un auteur estime que seules les sociétés dotées de la personnalité morale (188) auraient accès à ce type de transfert, faisant observer que le texte de l'art. 308bis-6 évoque le transfert d'un «sujet de droit» à un autre (189). On peut néanmoins se demander si cette affirmation n'est pas trop absolue. Effectivement, la société dépourvue de personnalité se présente comme une indivision organisée (190) réunissant elle-même des sujets de droit (les personnes physiques et/ou morales ayant conclu le contrat de société). Par ailleurs nous avons vu (*supra*, n° 22 et *infra*, n° 23.2) que l'objet du transfert n'est pas un «patrimoine» (attaché à une personne) au sens technique du terme. On pourrait dès lors, du moins conceptuellement, imaginer une cession du patrimoine professionnel d'une société non personnalisée reposant en principe sur le consentement unanime des associés.

---

(188) A l'exclusion dès lors des associations momentanées, associations en participation et autres sociétés pour lesquelles les parties auraient renoncé à la personnalité juridique.

(189) J.-P. SPANG, *op. cit.*, p. 101.

(190) Cons. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. V, Bruxelles, Bruylant 1952, n°s 33 et s.; J. CALLEWAERT, *Die Rechtsfähigkeit der privatrechtlichen Gesellschaften in Frankreich und Belgien im Lichte der klassischen Vermögenstheorie*, Diss., Würzburg, 1988, pp. 91-93.

**23.2. — Le patrimoine transféré.** La notion de patrimoine professionnel correspond à celle d'actif net investi au sens du droit fiscal (au sens des articles 18 et 19 LIR) et le critère de l'affectation professionnelle doit être rempli tant dans le chef du transférant que du bénéficiaire du transfert (191).

En outre le transfert peut être partiel (voy. les termes de l'art. 308bis-6 : «tout ou partie»). Par conséquent, un *«transfert de patrimoine professionnel comprend tout ou partie des actifs et passifs, contrats et autorisations inclus dans la fortune professionnelle»* (192). *«Les parties»*, poursuit R. Bahar, *«sont d'ailleurs libres de déterminer librement ce qu'ils entendent inclure dans le champ de l'opération. Contrairement au transfert d'universalité ou la fusion, ils ne sont pas tenus de transférer l'entier des éléments du patrimoine et, contrairement au transfert de branche d'activité, il n'est pas nécessaire que les biens cédés aient un quelconque rapport entre eux»* (193). D'où l'importance de l'inventaire qui doit être dressé à cette occasion et qui *«désigne clairement les éléments du patrimoine actif et passif qui seront transférés»* (art. 308bis-8, paragraphe (2), L. 10 août 1915).

Le transfert de patrimoine professionnelle opère donc une succession universelle selon l'inventaire. *«A ce titre elle constitue un acte juridique distinct de la cession de créances, de la novation ou de la reprise de dettes et soumise à ses propres exigences formelles et matérielles»* (194).

La seule véritable contrainte réside dans l'exigence que le patrimoine transféré présente un excédent d'actifs (art. 308bis-8, paragraphe (3), L. 10 août 1915) (195).

**23.3. — La contre-prestation.** L'article 308bis-8, paragraphe (2), de la loi du 10 août 1915, prévoit que le projet de transfert doit entre autres mentionner «l'éventuelle contre-prestation». Le transfert peut donc être effectué à titre gratuit. Les *«parties peuvent laisser libre cours à leur imagination et offrir de la monnaie sonnante et trébuchante, des valeurs mobilières ou tout autre actif. Il*

(191) J.-P. SPANG, *op. cit.*, pp. 102-103.

(192) R. BAHAR, *op. cit.*, p. 131.

(193) *Ibidem.*

(194) R. BAHAR, *op. cit.*, p. 132.

(195) Pour une critique de cette exigence : R. BAHAR, *ibidem.*

*serait même concevable d'échanger deux ensembles de biens en couplant deux transferts de patrimoine professionnel. Les parties peuvent également faire intervenir un tiers et insérer l'opération dans une relation tripartite. Elles peuvent renoncer à toute contre-prestation et donner à la transaction un caractère de libéralité» (196).*

Toutefois l'article 308bis-6, alinéa 2, de la loi du 10 août 1915 dispose que «[l]es articles 285 à 308, hormis l'article 303, s'appliquent lorsque les sujets transférant et reprenant sont des sociétés dotées de la personnalité juridique en vertu de la présente loi ou des groupements d'intérêt économique et que les associés de la société ou du groupement transférant reçoivent des actions ou parts sociales de la société ou groupement reprenant». Cette règle, déjà envisagée *supra*, n° 21.2), est destinée à délimiter clairement les champs d'application respectifs des procédures de scission (lorsque la rémunération consiste en actions ou parts de la société ou groupement bénéficiaire remises aux associés de la société ou groupement transférant) afin d'éviter une forme de concurrence entre les opérations (d'autant que la procédure applicable au transfert de patrimoine professionnel est, comme on le verra (*infra*, n° 24), simplifiée par rapport à la scission) (197). Les travaux préparatoires s'expriment toutefois de manière plus absolue que la loi elle-même, qui se borne à exclure le transfert de patrimoine professionnel lorsque la rémunération consiste en actions ou parts du reprenant remises aux associés du transférant, puisqu'ils posent que la contrepartie de l'opération «sera toujours autre qu'en actions ou parts» (198). Or on

---

(196) R. BAHAR, *op. cit.*, p. 133.

(197) Projet de loi modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, chambre des députés, sess. ord. 2001-2002, n° 4992, commentaire des articles, p. 34.

(198) Rapport de la commission juridique de la chambre des députés, *Doc. parl.*, n° 4992-8, p. 5 : «Le régime du transfert de patrimoine professionnel se rapproche de celui du transfert d'actifs, de branche d'activités et d'universalité en ce que ces deux régimes n'entraînent pas la dissolution de l'apporteur. Cependant, ils ne peuvent être confondus car — au-delà de la différence de définition, à savoir, la notion de patrimoine professionnel telle qu'elle est définie en droit fiscal ne saurait être confondue avec celle d'actifs, branche d'activités ou universalité du patrimoine —, la contrepartie éventuelle de l'opération de transfert de patrimoine professionnel sera toujours autre qu'en actions ou parts»; en outre «le régime du transfert de patrimoine professionnel se distingue du régime de la fusion/scission en ce que, d'une part, ce dernier entraîne la disparition de la société absorbée/scindée et, d'autre part, la contrepartie, qui ne peut être qu'en actions ou parts, voire une soule de 10 %, est attribuée aux associés».

pourrait imaginer que la contrepartie de l'opération consiste en actions ou parts du reprenant remises à la *société ou groupement* (et non pas à ses associés) bénéficiaire. Si l'on admettait que des actions puissent être remises dans cette hypothèse, le transfert de patrimoine pourrait entrer en concurrence avec les procédures de transfert partiel d'actifs, de branche d'activité ou d'universalité envisagées ci-avant. Mais une telle concurrence ne semble pas problématique puisque, dans toutes ces hypothèses, le recours à la procédure de la scission n'est prévu qu'à titre *facultatif*. Ne pourrait-on dès lors accepter que les opérateurs économiques se voient procurer une alternative supplémentaire sous la forme du transfert de patrimoine professionnel ?

**24. — Procédure.** Tant en droit suisse qu'en droit luxembourgeois, l'opération est régie par un corps de règles constituant une procédure de scission simplifiée (199).

La première étape de cette procédure réside dans l'élaboration d'un projet de contrat de transfert par les organes de gestion de chacun des sujets participant au transfert (pendant du projet de scission) (art. 308*bis*-8, L. 10 août 1915). Ce projet est publié (art. 308*bis*-9, L. 10 août 1915) et soumis aux assemblées respectives (si elles existent) des sujets participant au transfert (art. 308*bis*-7, L. 10 août 1915). Les organes des parties participantes établissent également un rapport détaillé par lequel ils expliquent et justifient le projet de transfert (art. 308*bis*-10, L. 10 août 1915). Le transfert sera réalisé dès que seront intervenues les décisions (concordantes) au sein de tous les sujets concernés et sera opposable aux tiers à dater de sa publication (art. 308*bis*-12, L. 10 août 1915). La transmission universelle — comme en matière de fusion/scission — des actifs et passifs compris dans le patrimoine professionnel transféré est alors acquise aux termes de l'art. 308*bis*-13 de la loi du 10 août 1915.

**25. — Protection des créanciers.** L'article 308*bis*-11 de la loi du 10 août 1915 est inspiré à la fois du droit suisse (spécialement la solidarité des transférant et reprenant pour une durée de trois ans dont question ci-après) et du système de protection des créanciers prévu en matière de scission (voy. art. 297, L. 10 août

---

(199) R. BAHAR, *op. cit.*, p. 133.

1915 (200)). Le souci du législateur luxembourgeois a été d'éviter de créer un nouvel instrument qui ne procurerait pas une protection adéquate des créanciers.

**25.1. — Solidarité de trois ans du sujet transférant avec le sujet reprenant.** L'article 308bis-11, paragraphes (1) et (2), prévoit :

*« (1) Le sujet transférant reste solidairement obligé pendant trois ans avec le sujet reprenant de l'exécution des dettes nées avant le transfert de patrimoine.*

*(2) Toutes actions contre le sujet transférant se prescrivent au plus tard trois ans après la publication du transfert de patrimoine. Si la créance ne devient exigible qu'après cette publication, la prescription court dès l'exigibilité.*

*(...) ».*

Cette solidarité constitue assurément la pierre angulaire du système de protection des créanciers en cas de transfert de patrimoine tant en droit luxembourgeois qu'en droit suisse. Elle constitue certainement une réponse aux voix qui se sont élevées au cours des travaux préparatoires (voy. *supra*, n° 22) pour dénoncer l'introduction de cette nouvelle technique, notamment pour le danger qu'elle représenterait pour les créanciers du sujet transférant dans la mesure où les mécanismes ordinaires du droit civil pour le transfert de dettes sont mis de côté — comme, d'ailleurs, pour toutes les autres opérations de restructuration précédemment envisagées qui toutes emportent un transfert universel des actifs et des passifs — pour autant que la procédure prédécrite soit suivie.

Cette solidarité — qui repose nécessairement sur une nécessaire confiance entre transférant et reprenant — explique largement les utilisations qui ont d'ores et déjà été observées en Suisse de la mise en œuvre de cette technique rencontrant par ailleurs un relatif succès :

*« (...) entre 55 et 65 % des opérations ont été opérée par un commerçant en raison individuelle voulant apporter des actifs et passifs vers*

---

(200) Le système prévu — les créanciers ont le droit de demander des sûretés mais ne peuvent s'opposer à l'opération — est très proche de la règle formulée en droit belge (art. 684 du code belge des sociétés).



*une société de capitaux, société à responsabilité limitée ou société anonyme. Par ailleurs, entre 20 et 25 % des opérations sont le fruit de restructurations intra-groupes (filialisation ou autre). Enfin, les chercheurs recensent un certain nombre d'opération visant avant tout à transférer un portefeuille immobilier où la technique du transfert de patrimoine a pour principal avantage d'éviter la multiplication des actes authentiques et donc des frais de notaires.*

*A la lumière de ces statistiques, il faut retenir que le transfert de patrimoine n'est donc pas utilisé dans des opérations commerciales at-arm's-length, mais plutôt comme moyen de simplifier l'accomplissement d'actes entre proche que ce soit la fondation d'une société ou des restructurations au sein d'un groupe de société» (201).*

Ainsi que le fait observer R. Bahar, cette mesure de protection des créanciers est assez drastique, d'autant plus que ce délai de trois ans peut être interrompu ou suspendu : il n'est donc pas possible d'obtenir un «clean break» lors du transfert de patrimoine (202). Dès lors, toujours selon R. Bahar (203), l'institution pêcherait par excès de prudence.

Le législateur luxembourgeois a toutefois fait preuve de sagesse en instaurant un régime de protection aussi «drastique» que le modèle suisse. La pratique de l'opération permettra de mettre en évidence si, à l'avenir, il ne conviendra pas de mettre en place un régime plus souple, voire même de se contenter de la possibilité de demander des sûretés (ci-après).

**25.2. — Possibilité de demander des sûretés.** Aux termes de l'article 308bis-11, paragraphe (3) et (4) :

« (...) »

*(3) Les sujets participant au transfert de patrimoine devront, sur la demande formulée par leurs créanciers visés au (1), fournir des sûretés :*

*a) si la responsabilité solidaire s'éteint avant la fin du délai de trois ans; ou*

---

(201) R. BAHAR, *op. cit.*, p. 122. L'auteur cite l'étude suivante : R. TRIGO TRINDADE & A. GRIESSEN COTTI, «Echo aus der Praxis», *GesKR*, 2007, pp. 144 et s.

(202) R. BAHAR, *op. cit.*, p. 126.

(203) R. BAHAR, *op. cit.*, p. 138.

*b) si les créanciers rendent vraisemblable que la responsabilité solidaire ne constitue pas une protection suffisante.*

*Les créanciers formulent leur demande en ce sens selon la procédure prévue à l'article 297, laquelle est applicable par analogie.*

*(4) Les créanciers du sujet transférant et du sujet reprenant dont la créance n'est pas comprise dans le patrimoine transféré et est antérieure à la date de publication du transfert prévue à l'article 308bis-12 peuvent également demander la constitution de sûretés selon la procédure prévue à l'article 297.*

*(...)».*

Les dispositions applicables reposent sur une distinction entre deux catégories de créanciers :

1. ceux qui sont déjà protégés par le délai de solidarité prédécrit (*supra*, n° 25.1) : art. 308bis-11, paragraphe (3), de la loi du 10 août 1915 :

*«La loi distingue dans ce contexte deux hypothèses : premièrement, le droit aux sûretés prend naissance quand le reprenant cesse d'exister. Par exemple, il naît si ce dernier venait à être liquidé après avoir transmis l'entier de sa fortune. Paradoxalement, le créancier est également protégé, si la disparition du transférant est causé par des événements indépendants de l'opération, notamment sa mise en faillite, ce qui constitue en termes d'égalité des créanciers un résultat plus que douteux. Deuxièmement, le droit aux sûretés est donné, quand la solidarité n'offre pas une garantie suffisante de solvabilité. Ce deuxième cas de figure s'applique tout naturellement lorsque la contre-prestation n'était pas adéquate (204), mais se justifie moins lorsque le transférant disposait d'une assise financière fragile déjà avant l'accomplissement de l'opération» (205).*

La procédure prévue à l'art. 297 en matière de scission est rendue applicable à la demande de sûretés ;

2. les créanciers qui ne sont pas directement concernés par l'opération, c'est-à-dire ceux dont la créance n'est pas comprise dans le patrimoine transféré et qui — par conséquent — ne sont pas protégés par la solidarité prédécrite, peuvent, si leur créance est anté-

---

(204) P. LOSER-KROGH (2000), p. 1105 ; H.C. VON DER CRONE/A. GERSBACH/F.J. KESLER/M. DIETRICH/K. BERLINGER (2004), n° 923 ; R. BAHAR (2005), ad art. 75 L<sup>Fus</sup>, n° 7 ; F.R. EHRAT/M. WIDMER (2005), ad art. 75 L<sup>Fus</sup>, n° 14.

(205) R. BAHAR, *op. cit.*, p. 136 (citations omises).

rieure à la publication du transfert, également demander des sûretés. Ici encore l'article 297 de la loi du 10 août 1915 est rendu applicable (art. 308bis-11, paragraphe (4), L. 10 août 1915).

Dans ces deux hypothèses, les sujets concernés pourront échapper à la fourniture des sûretés en payant la créance «*dans la mesure où il n'en résulte aucun dommage pour les autres créanciers*» (art. 308bis-11, paragraphe (5), L. 10 août 1915). Ainsi, par exemple, si la créance est remboursée avant terme, il importera d'en déduire l'escompte (206).

## 26. — Tableaux récapitulatifs.

### 26.1. — Les diverses formes de restructurations envisageables (207)

	<i>Dissolution de l'apporteur?</i>	<i>Patrimoine transféré</i>	<i>Contrepartie</i>
Apport en nature	Non	Actifs (ex. : immeubles, créances, titres) et, plus difficilement, passifs	Actions ou parts sociales émises à l'apporteur
Fusion/scission	Oui	Actifs et passifs	Actions ou parts émises aux associés de la société dissoute (avec éventuellement une soulte limitée en espèces)
Transferts d'actifs, de branche d'activité ou d'universalité	Non	Actifs et passifs	1) gratuits ou 2) actions ou parts émises à l'apporteur (avec éventuellement une soulte limitée en espèces)
Transfert de patrimoine professionnel	Non	Actifs et passifs	1) gratuit ou 2) contre-prestation (autres que des actions ou parts ou autres que des actions ou parts émises aux associés de l'apporteur : voy. <i>supra</i> , n° 23.3)

(206) Cette solution est prévue dans les textes concernant la liquidation : art. 147 et 153 L. 10 août 1915. Elle est également prévue dans le texte belge concernant l'éventuel octroi de sûretés à l'occasion d'une opération de fusion/scission (art. 684 du code belge des sociétés).

(207) Tableau dressé par J.-P. SPANG (*op. cit.*, p. 105) réutilisé avec son aimable autorisation.

**26.2. — Restructurations envisageables en droit luxembourgeois selon la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (208)**

Repre- nant (bénéficiaire)	«Professionnels» (commerce) physique ou titulaire de profession libérale)	Association momentanée ou participation («AM & AP», soc. comm. sans personnalité juridique) (art. 2, al. 5 et 6, L. 10 août 1915)	Société civile («SC», art. 3, al. 1 <sup>er</sup> , L. 10 août 1915)	Société en nom collectif («SNC», art. 2, al. 1 <sup>er</sup> , L. 10 août 1915)	Sociétés en commandite (simple et par actions) («SCS & SCA», art. 2, al. 1)	Société anonyme («SA», art. 2, al. 1 <sup>er</sup> , L. 10 août 1915)	Société à responsabilité limitée («SARL», art. 2, al. 1)	Société coopérative (dont coopsa) («Coop», art. 2, al. 1)	Groupe-ment d'intérêt économique («GIE»)
↑									
Transférant (apporteur)									
↓									
Professionnel	TP	TP? ( <i>supra</i> n° 24.1)	TP	TP	TP	TP	TP	TP	TP
AM & AP	TP? ( <i>supra</i> n° 23.1)	TP? ( <i>supra</i> n° 23.1)	TP? ( <i>supra</i> n° 23.1)	TP? ( <i>supra</i> n° 23.1)	TP? ( <i>supra</i> n° 23.1)	TP? ( <i>supra</i> n° 23.1)	TP? ( <i>supra</i> n° 696923.1)	TP? ( <i>supra</i> n° 23.1)	TP? ( <i>supra</i> n° 23.1)
SC	TP	TP? ( <i>supra</i> n° 23.1)	TP, F/S, TA, TBA, TU	TP, F/S, TA, TBA, TU	TP, F/S, TA, TBA, TU	TP, F/S, TA, TBA, TU	TP, F/S, TA, TBA, TU	TP, F/S, TA, TBA, TU	TP, F/S, TA, TBA, TU
SNC	TP	TP? ( <i>supra</i> n° 23.1)	TP, F/S, TA, TBA, TU	TP, F/S, TA, TBA, TU	TP, F/S, TA, TBA, TU	TP, F/S, TA, TBA, TU	TP, F/S, TA, TBA, TU	TP, F/S, TA, TBA, TU	TP, F/S, TA, TBA, TU

(208) Inspiré du tableau semblable confectionné par R. BAHAR (*op. cit.*, p. 120) pour le droit suisse.

La précision que cet inventaire est fait «selon la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales» indique que l'on n'a pas ici égard aux techniques de restructuration existant en dehors de cette loi (comme la cession de fonds de commerce) ou qui ne font pas l'objet de développements particuliers dans le cadre de cette loi (ainsi la cession d'un bloc d'actions ou de parts constitutive bel et bien une technique de restructuration — voy. R. BAHAR, *op. cit.*, p. 111 — qui concerne des sociétés visées par la loi du 10 août 1915 mais cette opération n'y fait pas l'objet de développements particuliers, demeurant largement régie par le droit commun des obligations sans préjudice de l'incidence éventuelle de législations particulières visant notamment les sociétés faisant appel public à l'épargne ou encore le droit de la concurrence).

Abréviations utilisées : «TP» (transfert de patrimoine professionnel), «F/S» (fusion/scission), «TA» (transfert d'actifs), «TBA» (transfert de branche d'activité), «TU» (transfert d'universalité).

## CHAPITRE IV. — La réforme en cours : le projet 5730 (déposé en juin 2007) (209)

**27. — Contexte.** Comme rappelé ci-avant (*supra*, n<sup>os</sup> 4 et 5), l'adoption des lois récentes s'est inscrit dans un contexte de modernisation globale du droit luxembourgeois dont le projet 5730 constitue l'axe principal. Cette réforme fut voulue en vue de renforcer l'attractivité de la place financière luxembourgeoise et entend concrétiser encore l'axiome formulé naguère par le professeur Nyssens pour le droit luxembourgeois des sociétés : liberté contractuelle pour les parties et sécurité pour les tiers :

*« (...) l'absence de réglementation n'est pas nécessairement propice à l'exercice de l'initiative privée et au développement de l'inventivité contractuelle dans la mesure où le défaut de tout cadre peut être générateur de nombreuses incertitudes, surtout dans une matière aussi technique que le droit des sociétés, dans la mesure où le droit commun des obligations n'apportera pas toujours les réponses rassurant les opérateurs économiques sur la licéité des mécanismes qu'ils auront élaborés. Par conséquent la carence d'un cadre sûr peut constituer un frein à l'exercice de la liberté contractuelle » (210).*

Nous avons déjà évoqué les aspects de ce projet qui s'inscrivent dans l'optique de la construction d'un droit commun applicable aux personnes morales de droit privé (*supra*, n<sup>o</sup> 9.3). Il nous reste à signaler les principaux (211) apports de ce projet selon l'axiome liberté/sécurité.

### **28. — Liberté contractuelle pour les parties.**

**28.1. — Observation générale : règles supplétives — Illustration : usufruit de parts sociales.** Il s'agit tout d'abord de mettre en évidence que la préférence a été donnée à des dispositions supplétives de la volonté des parties dès lors que le but de la réglementation développée pouvait être effective-

---

(209) Cons. A. PRÜM, «Le projet de refonte globale du droit des sociétés», *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, *op. cit.*, pp. 175 et s.

(210) Projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, *Doc. parl.*, chambre des députés, session 2006-2007, projet n<sup>o</sup> 5730, Exposé des motifs, p. 37.

(211) Nous nous limitons ici à quelques dispositions importantes du projet, lequel est trop détaillé pour permettre une analyse exhaustive dans le cadre limité de cette étude.

ment atteint par de telles normes : une sécurité supplémentaire est donc procurée aux parties par l'existence de ces règles supplétives mais elles demeurent libres d'aménager différemment leurs rapports si elles le souhaitent. Un exemple d'une telle approche réside dans la réglementation développée pour l'usufruit des parts sociales : inspiration a été prise dans les droits belge et français en vue de développer un régime complet et cohérent mais il est toujours possible aux parties d'aménager autrement le rapport usufruitier/nu-propriétaire.

Quelques dispositions du projet concernant l'usufruit de parts sociales :

Article 1852*bis* du code civil luxembourgeois (art. I du projet de loi n° 5730) :

*«Sauf dispositions contraires des statuts, si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-propriétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier.*

*Sous réserve des dispositions statutaires, l'usufruitier a droit au bénéfice distribuable par la société.*

*En cas de rachat par la société de ses propres parts, le nu-propriétaire et l'usufruitier ont respectivement droit à la valeur de la nue-propriété et de l'usufruit portant sur ces parts.*

*Lors de la dissolution de la société, l'usufruitier a droit au quasi-usufruit sur les sommes versées au nu-propriétaire ou sur la valeur des biens qui lui ont été remis».*

En matière de droit préférentiel de souscription dans la SA, l'article 32-3 de la loi du 10 août 1915, tel qu'envisagé par l'article II, 20), du projet de loi n° 5730, devrait disposer :

*«(9) Lorsque les actions sont grevées d'un usufruit, le droit préférentiel de souscription qui leur est attaché appartient au nu-propriétaire. Si celui-ci vend les droits de souscription, les sommes provenant de la cession ou les biens acquis par lui au moyen de ces sommes sont soumis à l'usufruit.*

*Si le nu-propriétaire néglige d'exercer son droit, l'usufruitier peut se substituer à lui pour souscrire aux actions nouvelles ou pour vendre les droits. Dans ce dernier cas, le nu-propriétaire peut exiger le emploi des sommes provenant de la cession; les biens ainsi acquis sont soumis à l'usufruit. Le nu-propriétaire d'actions est réputé, à l'égard de l'usufruitier, avoir négligé d'exercer le droit préférentiel de souscription aux actions nouvelles émises par la société, lorsqu'il n'a ni souscrit d'actions*

*nouvelles, ni vendu les droits de souscription, huit jours avant l'expiration du délai de souscription accordé aux actionnaires.*

*Les actions nouvelles appartiennent au nu-propriétaire pour la nue-propriété et à l'usufruitier pour l'usufruit. Toutefois, en cas de versement de fonds effectué par le nu-propriétaire ou l'usufruitier pour réaliser ou parfaire une souscription, les actions nouvelles n'appartiennent au nu-propriétaire et à l'usufruitier qu'à concurrence de la valeur des droits de souscription; le surplus des actions nouvelles appartient en pleine propriété à celui qui a versé les fonds.*

*Le présent paragraphe est également applicable en cas d'attribution de titres gratuits. Lorsque le nu-propriétaire doit demander l'attribution des titres, il est réputé, à l'égard de l'usufruitier, avoir négligé d'exercer le droit à l'attribution d'actions gratuites, lorsqu'il n'a pas demandé cette attribution ni vendu les droits, trois mois après le début des opérations d'attribution.*

*Les dispositions du présent paragraphe s'appliquent dans le silence de la convention des parties».*

**28.2. — Liberté des parties dans le choix des structures : introduction de la société par actions simplifiée sur le modèle du droit français.** La société par actions simplifiée, introduite en France en 1994, est une forme simplifiée de société anonyme dotée d'une grande liberté organisationnelle. Elle échappe aux directives européennes concernant le droit des sociétés (hormis la première directive) et n'est pas destinée à faire publiquement appel à l'épargne. Cette forme est introduite au Luxembourg par le projet 5730 dans une mouture encore plus libérale que sa consœur française (voy. les art. 101-18 *et s.*, L. 10 août 1915, introduits par l'article II, 61), du projet).

**28.3. — Liberté dans l'organisation du pouvoir.** L'introduction de la possibilité d'émettre des actions à vote double, également sur le modèle français, a particulièrement retenu l'attention, notamment dans le contexte d'un récent débat européen articulé autour du principe «une action, une voix» (212).

---

(212) Pour plus de détails et les résultats de l'étude comparative européenne menée sur ce sujet :

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/shareholders/indexb\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/shareholders/indexb_en.htm).

Pour les autres réformes introduites touchant au capital, voy. A. PRŮM, *op. cit.*, pp. 184-185.



La validité des conventions de vote est reconnue, à certaines conditions inspirées du droit belge, tant dans les SA (213) que dans les SARL (214). La validité des clauses statutaires de limitation de puissance votale est reconnue tant dans la SA (215) que dans la SARL (216).

Le projet régleme aussi les clauses d'agrément, de préemption ou d'inaliénabilité des actions de SA dans un sens inspiré du droit belge (217).

Le projet introduit par ailleurs une réglementation relative au comité de direction inspirée du droit belge tout en l'expurgeant d'un aspect ayant donné lieu à controverse en droit belge (218). La possibilité d'organiser un tel comité est prévue tant pour la SA (articles 60-1 et 60-2, L. 10 août 1915 issu du projet) que dans la SARL (article 191*bis*, L. 10 août 1915), cette dernière étant fréquemment utilisée dans la pratique en raison de la grande liberté d'organisation qui la caractérise.

Le projet consacre encore la possibilité de prendre ses résolutions par la voie circulaire selon un régime plus libéral qu'en droit belge (219).

---

(213) Art. 67*bis* L. 10 août 1915 issu du projet.

(214) Art. 195*bis* L. 10 août 1915 issu du projet.

(215) Art. 71 L. 10 août 1915 issu du projet.

(216) Art. 196, paragraphe (4), L. 10 août 1915 issu du projet.

(217) Art. 37, paragraphes (2) et (3), L. 10 août 1915 introduit par le projet. A noter que le paragraphe (3) de la disposition proposée ajoute une règle inconnue du droit belge en précisant que les parts bénéficiaires peuvent être déclarées incessibles/intransmissibles par les statuts de la société.

(218) Ainsi l'art. 60-1 proposé, inspiré de l'art. 524*bis* du code belge des sociétés, prévoit-il — précision absente du droit belge — que le comité de direction exerce ses pouvoirs de manière exclusive, ce qui évite la controverse qui s'est fait jour en droit belge quant à la question de savoir si le conseil d'administration, dont le comité de direction tient ses pouvoirs, peut toujours intervenir dans les matières confiées au comité de direction sur la base de son pouvoir résiduel : voy. J. MEUNIER, «Le nouveau comité de direction des sociétés anonymes. Quelles 'directions' choisir», *Revue*, 2004, n° 6903, spéc. pp. 43-46, n° 76. La solution reprise au texte proposé constitue l'opinion majoritaire en Belgique.

(219) Art. 64, paragraphe (1), alinéas 2 et 3, introduits par le projet 5730 :

« (...) »

*Les décisions du conseil d'administration, du directoire et du conseil de surveillance peuvent être prises, si les statuts l'autorisent, par consentement unanime des administrateurs ou des membres du directoire ou du conseil de surveillance, exprimé par écrit.*

**28.4. — Liberté dans le financement.** Outre l'innovation précédemment signalée (*supra*, n° 9.3) consistant à permettre à toute société dotée de la personnalité juridique de se financer par l'émission d'un emprunt obligataire simple, le projet permet également aux SARL d'avoir recours à l'émission d'obligations convertibles ou assorties d'un droit de souscription (l'agrément des obligataires susceptibles de se transformer en associés étant organisé au moment de l'émission) (article 11<sup>ter</sup>, L. 10 août 1915 issu du projet).

Par ailleurs les mêmes SARL pourront, dans certaines conditions inspirées du droit français, attribuer des parts en échange d'apports en industrie (article 183, paragraphe (3), L. 10 août 1915 issu du projet).

## 29. — Sécurité pour les tiers.

**29.1. — Protection du capital.** Les règles en matière de protection du capital résultant de la seconde directive européenne ont jusqu'à présent totalement épargné les SARL. Le projet établit une protection minimale en la matière (220) sans toutefois aller jusqu'au degré de protection prévu dans le cadre des SA.

**29.2. — Rapports entre minoritaires et majoritaires.** Les droits reconnus aux minoritaires ont longtemps constitué la portion congrue du droit luxembourgeois des sociétés. Le projet 5730 y remédie :

— en complétant le vénérable et très controversé article 1855 portant la réglementation des clauses léonines par l'alinéa suivant : *«Ne sont pas prohibées les stipulations par lesquelles les associés, actuels ou futurs, organisent la cession ou l'acquisition de*

---

*Il ne pourra cependant pas être recouru à cette procédure pour l'arrêt des comptes annuels, l'utilisation du capital autorisé ou tout autre cas que les statuts entendraient excepter».*

Comp. art. 521, alinéas 2 et 3, du code belge des sociétés :

*«(...) Dans les cas exceptionnels dûment justifiés par l'urgence et l'intérêt social, les décisions du conseil d'administration peuvent être prises, si les statuts l'autorisent, par consentement unanime des administrateurs, exprimé par écrit.*

*Il ne pourra cependant pas être recouru à cette procédure pour l'arrêt des comptes annuels, l'utilisation du capital autorisé ou tout autre cas que les statuts entendraient excepter».*

(220) Art. 184, paragraphe (2), et 190<sup>bis</sup> à 190<sup>octies</sup>, L. 10 août 1915 issus du projet.

*droits sociaux sans qu'elles aient pour objet de porter atteinte à la participation aux bénéfices ou à la contribution aux pertes dans les rapports sociaux*». Cette précision s'inspire des évolutions jurisprudentielles décelées en la matière tant en Belgique qu'en France (221).

- en introduisant l'action sociale minoritaire sur le modèle du droit belge (222) et en modernisant l'expertise de gestion notamment en abaissant de 20 à 10 % le seuil de capital à atteindre en vue de pouvoir requérir une telle expertise (223);
- en prévoyant un régime d'exclusion-retrait d'associés pour juste motif organisé sur le modèle belge dans le cadre des sociétés anonymes (224) et des sociétés à responsabilité limitée (225) (226).

**29.3. — Rapports entre associés et direction.** La responsabilité potentielle de l'organe de gestion est renforcée en cas de pertes importantes (notamment en prévoyant une présomption de lien de causalité entre la faute et le dommage inspirée du droit belge) dans une SA (227).

La réglementation du conflit d'intérêt est modernisée également sur le modèle du droit belge et — contrairement à celui-ci — étendue au délégué à la gestion journalière (228).

## CHAPITRE V. — Conclusion

**30. — Conclusion.** Le droit luxembourgeois se trouve aujourd'hui à la croisée des chemins, dans un contexte de concurrence européenne entre les droits nationaux des sociétés. La volonté de modernisation du législateur ne peut en aucun cas être interprétée dans les termes d'une visée dirigiste à l'instar du

---

(221) Voy. Projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, *Doc. parl.*, chambre des députés, session 2006-2007, projet n° 5730, commentaire des articles, p. 47.

(222) Art. 63*bis* à 63*septies*, L. 10 août 1915 issus du projet.

(223) Art. 154, L. 10 août 1915 issu du projet.

(224) Art. 98*bis* à 98*quinquies*, L. 10 août 1915 issus du projet.

(225) Art. 201*bis* à 201*ter*, L. 10 août 1915 issus du projet.

(226) Pour plus de détails, voy. A. PRÜM, *op. cit.*, pp. 194-196.

(227) Art. 100, L. 10 août 1915 tel que réformé par le projet.

(228) Voy. les art. 57 et 60, L. 10 août 1915 issus du projet.

droit français ou comme s'inscrivant dans un mouvement d'inflation législative en la matière nettement décelable en droit belge depuis une dizaine d'années. Néanmoins le Luxembourg ne pouvait demeurer à l'écart des innovations techniques s'étant fait jour au sein de ses grands voisins. Réglementer pour accentuer la sécurité — qui commande également que l'inspiration soit puisée auprès de ses voisins afin de profiter de leur jurisprudence et de leur doctrine — tout en préservant la liberté contractuelle des parties au contrat des sociétés, tel est le délicat équilibre à réaliser mais il s'agit d'un exercice auquel le législateur luxembourgeois est assurément habitué.

Isabelle CORBISIER

CHARGÉE DE COURS,  
UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG,  
PROFESSEUR INVITÉ, HEC-ULG  
(ÉCOLE DE GESTION  
DE L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE)