

meeste vennootschappen uit de raad van bestuur gebannen, op de afgevaardigde bestuurder of CEO na. Het management was zodoende de grote afwezige in de vennootschaporganen, ook indien het in wezen veel macht uitoefende.

De wet inzake corporate governance van 2 augustus 2002 en de Code Lippens hebben daar niet veel aan veranderd. Het directiecomité blijft een sporadisch opgericht orgaan en de Code Lippens bevat erg weinig bepalingen over het management. Het management staat dus meestendeels onder het absolute gezag van de raad van bestuur die op zijn beurt onder de knoet van de meerderheidsaandeelhouder zit. Enkel de benoeming van onafhankelijke bestuurders en de inspraak die zij hebben in het benoemingscomité in zoverre dit ook over het topmanagement gaat, nuanceert één en ander.

De lezer zal wel begrepen hebben dat het *Berle's Means*-probleem inzake de dissociatie van *ownership and control* zich in België niet stelt. Het is net het omgekeerde: de grootaandeelhouders beslissen over samenstelling van raad van bestuur en management, en krijgen, zoals gezegd, slechts tegengewicht in de vorm van de invloed die de onafhankelijke bestuurders uitoefenen in het benoemingscomité.

Het nadeel van dit referentiaandeelhouderskapitalisme bestaat erin dat de grootaandeelhouders erop azen hun kapitaalparticipatie procentueel constant te houden en niet vervaterd te zien. Daardoor ziet de onderliggende vennootschap zich soms de toegang tot de kapitaalmarkt en tot buitenlandse expansie ontzegd. Dat kan tegenovermoed beschermen maar ook naar meer autonomie en groei smakkende managers frustreren. Het zou kunnen dat goed benutte aandelen met meervoudig stemrecht dit euvel zouden verhelpen (Vlg. hoger, nr. 42)...

LE DROIT LUXEMBOURGEOIS DES SOCIÉTÉS

*Une conception contractuelle et une personnalité morale non obligatoire*¹

Isabelle CORBISIER²

Chargée de cours
Université du Luxembourg

André PRÜM
Professeur
Université du Luxembourg

“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 personification”³

Résumé

Les règles que le code de commerce, dont nous commémorons aujourd’hui le 200^{ème} anniversaire, avait consacrées aux groupements commerciaux n’ont pas résisté longtemps à l’érosion des besoins induits par la société industrielle. Que ce soit en France ou en Belgique, le droit des sociétés s’est épanoui en marge du code, dans des textes spécifiques, pour finir par lui échapper complètement. Ayant acquis son indépendance législative en 1841, le Grand-duché a dû à son tour développer un droit des sociétés moderne. Ses liens économiques autant que culturels étroits

¹ Réponse à Koen GEENS, “Tweehonderd jaar vennootschapsrecht in vogelvlucht”.

² Les auteurs tiennent à remercier chaleureusement Jean-Paul Spang, avocat au barreau de Luxembourg et membre du Laboratoire de Droit Economique (l’un des deux centres de recherche spécialisés de la Faculté de Droit de l’Université du Luxembourg), pour son assistance dans le cadre de l’élaboration de cette étude.

³ L. METZLER, “La personnalité morale et ses limites dans la législation luxembourgeoise”, *Par. Lxx: 1*, 1950, pp. 1 et suiv. et spéc. p. 10 et spéc. p. 38.

avec la Belgique, l'ont conduit, au début du XX^e siècle, à s'adosser sur le modèle du droit belge qui paraissait le plus apte à répondre aux besoins des groupements créés sur son territoire. Proposée par deux éminents professeurs belges, la première grande loi sur les sociétés, adoptée en août 1915, ne cache pas cette source d'inspiration.

Jusqu'aux premiers grands chocs pétroliers des années 70, le droit des sociétés luxembourgeois a continué à évoluer à l'ombre des modifications législatives, de la jurisprudence et de la doctrine belge. Ainsi, lorsqu'il s'agissait de transposer la première directive européenne, c'est à nouveau un distingué juriconsulte belge qui a été appelé au secours pour préparer l'adaptation progressive du droit des sociétés en Europe représentée, en même temps, un tournant dans cette évolution puisqu'elle a conduit peu à peu le Grand-duché à s'émanciper de l'influence du droit belge.

Comme le relève, à juste titre, le rapport de notre estimé collègue Koen Geens, le droit des sociétés belge s'est distancié, depuis une série d'années, de la conception contractuelle qui en constituait le fondement pour s'orienter vers une réglementation de plus en plus détaillée et contraignante.

Soucieux de l'attractivité de son environnement juridique pour les investisseurs étrangers, le Luxembourg a préféré à cette direction son approche traditionnellement plus libérale. La liberté contractuelle continue à y marquer les évolutions législatives les plus récentes, même si certains prescrits communautaires tendent à la dénaturaliser. Les choix opérés lors de la transposition récente de la directive sur les OPA en fournissent une illustration patente. Cette même liberté fonde le choix laissé aux parties, malgré l'attachement au système des cadres légaux obligatoires, de constituer des sociétés sans personnalité juridique. Hybertrophant le postulat de la justice démocratique, cette orientation touche sans doute aujourd'hui à ses limites, comme en témoignent de récentes décisions de justice peu favorables aux intérêts de minoritaires. Le gouvernement aussi bien que les milieux professionnels en semblent conscients. En se soumettant volontairement aux nouveaux principes de gouvernement d'entreprise de la Bourse du Luxembourg les sociétés entendent déjà rassurer les marchés. Gageons que le législateur embollera prochainement le pas.

Samenvatting

De regels die het Wetboek van Koophandel, waarvan wij vandaag de 200^e verjaardag herdenken, aan de commerciële groeperingen had gewijid hebben niet lang weerstand kunnen bieden aan de erosie van de behoeften die voortspuiten uit de industriële samenleving. Dat het in Frankrijk of in België is, heeft het vennootschapsrecht zich buiten het wetboek, in specifieke teksten, ontplooid om er tenslotte volledig aan te ontsnappen.

Nu het in 1841 zijn wetgevende onafhankelijkheid had verkregen, heeft het Groot Hertogdom op zijn beurt een modern vennootschapsrecht moeten ontwikkelen. Zijn nauwe banden, zowel op economisch als op cultureel vlak, met België, heeft het ertoe aangezet dat het meest in staat leek om aan de behoeften te beantwoorden van de groeperingen die op zijn grondgebied werden opgericht. Voorgesteld door twee eminente Belgische professoren, verbergt de eerste grote vennootschapswet, goedgekeurd in augustus 1915, die inspiratiebron niet.

Tot de eerste grote oliecrises van de jaren 70, is het Luxemburgse vennootschapsrecht blijven evolueren in de schaduw van de Belgische wettelijke wijzigingen, rechtspraak en rechtsleer. Aldus, wanneer het erom ging de eerste Europese richtlijn om te zetten, werd er opnieuw een beroep gedaan op de hulp van een eminente Belgische rechtsgeleerde om de nodige aanpassing van de wet van 10 augustus 1915 voor te bereiden.

De geleidelijke harmonisatie van het vennootschapsrecht in Europa betekent, tegelijkertijd, een keerpunt in die evolutie aangezien zij beëtte bij beëtte het Groot Hertogdom ertoe heeft aangezet om zich van de invloed van het Belgisch recht te emanciperen.

Zoals de bijdrage van onze geachte collega Koen Geens het terecht doet opmerken, heeft het Belgisch vennootschapsrecht zich, sinds een aantal jaren, van de contractuele benadering, die eraan ten grondslag lag, gedistantieerd om zich naar een steeds nitroeriger en meer dwingende regelgeving te richten.

Bezorgd omtrent de attractiviteit van zijn juridisch milieu voor de buitenlandse investeerders, heeft Luxemburg, boven die wending, haar eigen meer liberale traditie verkozen. De contractuele vrijheid blijft er de recentste wetgevende evoluties markeren, zelfs indien sommige gemeenschappelijke voorschriften ertoe strekken ze te ontzenuwen. De keuzen die bij de recente omzetting van de OPA-richtlijn werden verricht, levert daar een duidelijke illustratie van op. Dierzelfde vrijheid vormt de basis voor de keuze die aan de partij wordt overgelaten, ondanks de gehoebeheid aan het systeem van type dwang ("cadres légaux obligatoires"), om vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid op te richten.

Door aan het postulat van de democratische rechtvaardigheid een overmatig belang te hechten, bereikt deze oriëntatie vandaag wellicht de grenzen van wat houdbaar is, zoals blijkt uit recente gerechtelijke beslissingen die weinig kunstig zijn voor de belangen van de minderheidsaandeelhouders. Zowel de regering als de professionele kringen blijken er zich van bewust te zijn. Door zich opzettelijk aan de beginselen van degelijk bestuur ("corporate governance") van de Bank van Luxemburg te houden, willen de vennootschappen reeds de markten geruststellen. Laten we er vanuit gaan dat de wetgever binnenkort dezelfde weg zal inslaan.

1. Le droit luxembourgeois des sociétés peut au départ être qualifié de "petit frère" du droit belge. Ses dispositions résident pour l'essentiel, d'une part, dans le Titre IX du code civil relatif aux sociétés, qui nous vient en droite ligne de la codification napoléonienne de 1804 et, d'autre part, dans une loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (désignée *infra* par l'abréviation "L. 10 août 1915"). Cette dernière loi⁴ s'inspirait étroitement de la législation belge de l'époque. Au fil du temps, le droit luxembourgeois des sociétés acquit une certaine autonomie par rapport au "grand-frère" belge même si ses liens de parenté avec lui, et singulièrement les anciennes lois coordonnées sur les sociétés commerciales ("L.C.S.C.") auxquelles s'est, en 1999, substitué le Code belge des sociétés⁵, demeurent évidentes.

⁴ Disponible en une version coordonnée in I. CORBISSIER, A. PRUM & J.-P. SPANG, *Recueil sociétés et associations*, Luxembourg, Service Central de Législation, 2003, pp. 41 et suiv. et dans une version totalement mise à jour sur le site du Laboratoire de Droit Economique: <http://lde.unil.lu/wvblde/nsl/7ccff8b4b18d5cacl2567d700333460a/aff6809d2252db9c125682e0030b81df?openDocument>.

⁵ Introduit par la loi du 7 mai 1999 contenant le code des sociétés, M.B. 6 août 1999, pp. 24440 et suiv.

Chapitre I

GENÈSE DE LA LOI DU 10 AOÛT 1915
CONCERNANT LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

2. A la fin du XIX^{ème} siècle, les dispositions devenues obsolètes du Code de commerce de 1807 constituaient toujours l'essentiel du droit privé des sociétés au Grand-duché de Luxembourg.

3. En 1882, le directeur général de la Justice Paul Eyschen écrivit à Albert Nysens, Professeur à l'Université Catholique de Louvain, afin de lui confier la mission d'élaborer un avant-projet de loi. L'orientation que M. Eyschen souhaitait voir imprimée à la future législation luxembourgeoise était de suivre largement le droit belge, éventuellement amélioré au regard des enseignements de droit comparé mais sans trop de hardiesse, le *leitmotiv* de l'époque étant d'ores et déjà le libéralisme.

«Vous n'ignorez pas que notre législation, qui a pour base le Code Napoléon, s'est inspirée d'un grand nombre de lois récentes, et notamment (...) des lois belges révisées. Les rapports historiques qui ont existé entre la Belgique et le Grand-duché, la grande analogie qui subsiste dans les constitutions, les lois civiles et commerciales de ces nations, enfin, les relations d'affaires et d'intérêts qui tous les jours davantage se développent entre les deux pays, font désirer que notre future législation sur les sociétés commerciales ne s'écarte pas essentiellement des grands principes de la loi belge du 18 mai 1873, qui, de l'avis des juriconsultes et des praticiens, a marqué un notable progrès dans les législations européennes en la matière (...).

La comparaison des lois les plus récentes sur les sociétés commerciales et des projets de lois que l'on discute en ce moment dans divers pays, vous permettra de dégager ces principes généraux de la législation comparée qui sont en voie de devenir les règles du droit commun des nations. Il sera utile de les insérer dans votre Avant-projet qui, tout en évitant les innovations trop hardies et que l'expérience n'aurait pas déjà sanctionnées ou tout au moins commandées, sera néanmoins, votre compétence spéciale m'en est un sûr garant, le résumé des dispositions les plus efficaces et les plus pratiques, consacrées par les législations les plus libérales de l'Europe sur la matière»⁶.

4. A vrai dire, avant même que le Luxembourg ne soit doté d'une législation relative aux sociétés commerciales, le droit belge était déjà, dans les faits, largement suivi dans la pratique ainsi que le révèlent les travaux préparatoires de la future loi du 10 août 1915.

Selon le Conseil d'Etat luxembourgeois⁷ : «Il serait oiseux semble-t-il de s'arrêter à démontrer la nécessité d'une réforme qui est réclamée avec insistance par le commerce et l'industrie et qui, dans les différents pays révisés, comme le nôtre, par le Code de commerce de 1807, se trouve réalisée depuis fort longtemps. Le mouvement économique avait en

⁶ Lettre du directeur général de la Justice P. EYSCHEN, adressée le 28 décembre 1882 à A. NYSSENS, 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 Buck, 1915, pp. 6-7.

⁷ Projet de loi portant révision de la législation sur les sociétés commerciales, Avis du Conseil d'Etat, 11 juin 1909, *Compte-Rendu, Ch. dép.* Annexe n° 1, pp. 42-149 et spéc. pp. 42-45.

effet pris dans la suite un essor inconnu au commencement du siècle dernier et qui devait peu à peu faire paraître insuffisantes ou en désaccord avec le progrès des idées, les quelques dispositions que contenait le Code de commerce de 1807 en la matière. L'autorisation gouvernementale⁸, avec ses lenteurs, son rigorisme quelquefois excessif, et peut-être surtout avec ce qu'elle a forcément arbitraire, avait fini par paraître intolérable. D'autre part, et par un effet contraire, la société en commandite par actions, dépourvue de tout contrôle et de toute réglementation, ne devait pas tarder à donner lieu à des abus scandaleux, auxquels il s'imposait de mettre un terme (...). La réforme en projet n'aurait pu être différée aussi longtemps chez nous, si, d'un côté, le commerce et l'industrie ne s'étaient approprié peu à peu l'organisation ainsi que les principales mesures de précaution que prévoient les lois française et belge pour les sociétés par actions, et si, d'un autre côté, le Gouvernement n'avait imposé, comme condition de l'autorisation pour les sociétés anonymes, celles des dispositions des lois citées plus haut qui lui semblaient tout particulièrement de nature à sauvegarder les intérêts des actionnaires et des tiers (...). Or, comme et fait nos sociétés ont eu recours à la législation belge plus qu'à la législation française, sans doute parce que les capitaux belges engagés dans ces sociétés sont plus nombreux, il y a là une première raison pour nous de suivre les grandes lignes des lois belges sur la matière plutôt que celles des lois françaises (...). L'adoption de la loi belge (...) nous assurera de plus l'avantage considérable de pouvoir utiliser la doctrine et la jurisprudence belge, pour l'interprétation de la nouvelle loi».

Selon l'illustre juriste luxembourgeois, L. Metzler, rapporteur de la Commission spéciale chargée d'examiner le projet qui donnera naissance à la loi du 10 août 1915⁹ : «C'est le régime du Code de commerce de 1808 qui, à ce jour, prévaut chez nous en matière de sociétés commerciales. Les dispositions légales afférentes se composent d'un trentain d'articles : le tiers est consacré à la société anonyme. Seule la loi du 17 novembre 1860 accordant aux sociétés anonymes étrangères la faculté d'estimer en justice devant les tribunaux du Grand-duché, marque l'intervention de notre législateur en ce domaine. (...)

Siège d'abondants gisements miniers, le Grand-duché ne tarda pas à entrer dans les voies d'une industrialisation rapidement progressive. Sa production en fer tient une large place dans l'industrie métallurgique européenne (...). Comment s'est-il donc fait que nous pouvions nous accommoder d'une législation aussi surannée qu'incomplète? C'est que la barrière de l'autorisation administrative, préalable à la fondation de toute société anonyme, a permis d'imposer aux associés-fondateurs, à titre de dispositions statutaires, l'observation des règles inscrites dans les récentes législations étrangères. Que l'on compare le statut d'une société luxembourgeoise à ceux d'une société belge et l'on sera étonné de la similitude qui les caractérise. Et ainsi nous pouvions faire notre profit, par la voie détournée de l'intervention administrative, des règles reconnues indispensables par les autres pays, mais non encore passées à l'état de loi chez nous.

Simple *modus vivendi*, ces errements ne peuvent s'éterniser. Ils portent l'empreinte de l'arbitraire administratif et de ses inévitables lenteurs (...).

Le Conseil d'Etat place la question sur son vrai terrain, lorsqu'il aux raisons juridiques et économiques qui militent dans le sens d'un type de législation aussi libérale que possible

⁸ Au Luxembourg, cette autorisation prenait la forme d'un arrêté grand-ducal rendu sur avis du Conseil d'Etat: G. HÄRLES & P. BEISSER, «La société – Nature juridique et perspectives luxembourgeoises», *Droit bancaire et financier au Luxembourg*, vol. 3, VIII Le droit des sociétés et des valeurs mobilières, ALJP Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 1007 et suiv., n° 30-3.

⁹ Rapport de la Commission Spéciale présenté par L. METZLER, Projet de loi portant révision de la législation sur les sociétés commerciales, *Compte-Rendu, Ch. dép.* Annexe n° 1, pp. 259-303 et spéc. pp. 266-268.

il ajoute cette raison d'opportunité, décisive, qu'il convient de tenir compte, au premier chef, de la provenance des capitaux qui alimentent l'industrie luxembourgeoise.

Ce n'est que dans d'infimes proportions que l'épargne luxembourgeoise concourt à la constitution du capital social de nos grandes industries.

Remettre, sans nécessité évidente, sur les mesures reconnues suffisantes dans les pays voisins reviendrait dès lors à barrer le chemin aux capitaux étrangers, indispensables à nos entreprises de grande envergure (...).

C'est assurément avec raison que nous allons adopter le système de la législation belge à laquelle nous devons de sérieux emprunts en d'autres matières.

Deux intérêts caractérisent la situation du Grand-duché au regard du régime légal des sociétés commerciales, c'est que d'abord les richesses nationales de notre sol offrent l'occasion d'une productivité très variée, et c'est en second lieu que les capitaux indigènes ne suffisent pas à alimenter les entreprises que nous voyons naître chez nous (...) nous devons donc songer à attirer les capitaux étrangers; et quel serait le moyen de faire appel à l'épargne de l'étranger sinon de créer un type de législations aussi libéral que possible, un type de législation exempt de toute contrainte inutile? (...).

En faisant choix du modèle de la législation belge, nous sommes certains de souder aussi heureusement que possible l'avenir au passé (...) autre argument très important, c'est que la législation belge (...) est une des plus modernes et des mieux conçues de celles des pays d'Europe (...).

5. Dans sa lettre d'acceptation, le professeur A. NysSENS affirma son intention de se laisser gouverner, dans l'accomplissement de sa mission, par un axiome qui devrait devenir célèbre et être repris à maintes reprises par la suite tant par le législateur que par la doctrine: *liberté pour les associés, sécurité pour les tiers*¹⁰.

Il s'agit effectivement de s'inscrire dans un esprit de libéralisme, tempéré par la nécessité de lutter contre les abus, en vue d'éviter la fuite des capitaux et inciter les opérateurs économiques à établir le siège de leur société au Grand-duché de Luxembourg¹¹. La législation luxembourgeoise est dès lors marquée par le souci de procurer une liberté contractuelle aussi large que possible aux parties s'engageant dans le cadre d'une société:

“La liberté contractuelle régit donc la matière des sociétés. Cette liberté est contrebalancée par la responsabilité des parties contractantes. L'approche fondamentale du droit des sociétés luxembourgeoises repose à l'heure actuelle basée sur le régime des contrats en général et continue à être empreinte de libéralisme.

Ce concept diffère essentiellement de certaines théories modernes, défendues dans les pays voisins présentant la société comme une institution organisée par la loi qui est et qui ne vit

que par cette loi, et à laquelle il n'est possible de déroger que lorsqu'il est spécifié d'une façon claire que les dispositions légales n'ont qu'un caractère supplétif”¹².

6. En 1884, A. NysSENS fit parvenir au gouvernement luxembourgeois son *Avant-projet de loi sur les sociétés commerciales*¹³. Dès l'abord l'œuvre impressionne par son caractère quasi visionnaire: plus qu'une version améliorée de la législation

¹⁰ Lettre de A. NYSSENS 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/Printkammer & Mühlbroch/IV. Büch, 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.

¹¹ Avis du Conseil d'Etat formulé à propos du projet de loi élaboré par J. Corbian, 11 juin 1909, o.c., pp. 46-49.

¹² C. DELVAUX, *La société anonyme*, syllabus, Luxembourg, 2000, p. 48. L'auteur nuance toutefois son propos en faisant observer que les mesures législatives qui ont dû être prises en vue de transposer les directives européennes ont eu pour effet de remettre quelque peu en question l'approche contractuelle des sociétés de capitaux (SA et SARL), en particulier et de restreindre la liberté contractuelle des parties en droit des sociétés en général. Cette interrogation quant à l'influence des directives sur l'analyse de la notion – contractuelle ou institutionnelle – de société à égalité est formulée notamment par un auteur néerlandais (VOY. L. TIMMERMAN, “Is versoepeling van het nederlandse NV/BV-recht wenselijk?” *TWV*, 1992, pp. 163 et suiv.). Elle procède essentiellement de ce que la transposition utile des directives européennes amène les législateurs nationaux à édicter du droit impératif ou d'ordre public. Il est néanmoins erroné de confondre la notion d'institution avec celle de droit impératif ou d'ordre public et de nombreux contrats, pour une grande part régis par des dispositions de droit impératif ou d'ordre public (comme les contrat d'assurance, de vente d'immeuble sur plan, de louage, de bail à ferme, de prêt etc.). Ce n'est pas pour autant dépourvues de leur qualification de “contrat” pour celle d’“institution”. Voy. et ce sens: L. DABIN, “Le droit des sociétés anonymes et la conception contractuelle”, *Ann. Fac. Dr. Lg* 1959, pp. 237 et suiv. et spéc. p. 256 (“Il convient certes de tenir compte des interventions nombreuses du législateur dans le droit de la société anonyme. Mais, dans plusieurs cas, le seul effet de ces mesures impératives destinées à protéger l'épargne est d'étendre au contrat de société la notion traditionnelle d'ordre public. Lorsqu'il impose le respect de certaines règles pour la sauvegarde du bien commun, le législateur aménage les rapports contractuels, il ne les supprime pas”); J. RONSSE, “Vennootschaps-er verhuismensrecht”. *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan Prof. J.H. Beekhuis* Drenter, Klunew, 1969, pp. 203 et suiv. et spéc. p. 208 (“Het klaarliggen van een aantal regelen in de wet (*contract dinget; Verdrag mit normatieve inhoud*), waaraan van gelding wegens hun dwingend karakter aan de wil van de partijen onttrokken is, belet op zichzelf niet dat ce oprichtingshandeling een overeenkomst is (...). Een gelijksoortige toestand kan vastgesteld worden in de overeenkomsten van handels huur, jandpacht, arbeidsovereenkomst e.d.”); M. COPEL, “Introduction à l'étude de la loi du 14 juillet 1987”. *La S.P.R.L. unipersonnelle – Approche théorique et pratique*, Bruxelles, Bruylant, 1988, n° 7: (“(...) le fait que la liberté contractuelle soit limitée par des règles impératives – plus ou moins nombreuses – selon les formes sociétaires – ne présente strictement aucune originalité, surtout à notre époque. La portée du principe de l'autonomie des volontés, rétréci comme une peau de chagrin: quantité de contrats sont réglementés, mais on ne parle pas à leur propos d'institution”); H. INGELTS, “De aard van de oprichtings handeling: een oude discussie beslecht?”, *TR.V* 1996, pp. 583 et suiv., n° 18 (“Afhemmende contractvrijheid impliceert niet dat de oprichtingshandeling waarbij verschillende partijen betrokken zijn aan contractuele aard verliest. Aldus zou men de nog resterende contractvrijheid van partijen miskenner om, buiten de dwingende regelen van het vennootschapsrecht een groot aantal concrete elementen zelf in te vullen (...). Met een beetje goede wil zou men een aantal andere contractvormen (koop op plan huur, pacht, hypotheecaire lening, enz.) als een instelling kunnen beschouwen onwille van het enkele feit dat de wegever het nuttig of nodig heeft geoordeeld deze contracten strikt te reglementeren”); H. LACA “Vennootschaps- en verhuismensrecht één recht?”, *R.W.* 1996-97, pp. 553 et suiv., p. 555 (“Ook dit opwekking van de voorstanders van de institutgedachte, dat de contractvrijheid van de oprichters van een NV of BVBA, toch grotendeels aan banden gelegd wordt, overtuigend niet. In zijn magistrale rede *lezen en dood van het contract* betoogde Kruitbof reeds dat zulks niet van dien aard is dat het aan een bepaalde rechtsbeschikking de kwalificatie *contract kan ontnemen*”). Comp. M. PLANOL & G. RIBERT *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} éd., T. VI, Paris, L.G.D.J., 1952, n° 24 (à propos de la thèse de juristes catholiques sur le caractère institutionnel du mariage): “S'il fallait cesser d'appeler contract tous ceux dont les effets ne peuvent être totalement déterminés par les parties dans leur totalité, on ne trouverait plus guère de contrats dans l'état actuel des choses. Il ne s'impose nullement de lier l'idée de contrat à une conception outrancière de l'autonomie de la volonté, qui n'a existé que dans l'esprit de certains juristes du XIX^{ème} siècle” et n° 26.

¹³ Gand/Luxembourg, H. Engelcke/V. Büch, 1884, 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.

belge, elle est à bien des égards en avance sur son temps. Malheureusement tel n'était pas le projet attendu par le gouvernement et les praticiens luxembourgeois, lesquels entendaient essentiellement se reposer sur les acquis du droit belge "sans innovations trop hardies", ainsi que l'écrivait P. Eyschen dans sa lettre à A. Nyssens.

"Lorsque je me suis adressé à M. Nyssens", se souvient Paul Eyschen, "je lui avais dit: nous allons prendre la loi belge de 1873 avec des améliorations. L'hon. professeur n'a pas su résister à la tentation de faire un véritable cours qui était brillant sur toutes les évolutions que selon lui la matière devait avoir à l'avenir. Il s'est laissé entraîner une envolée juridique, dont nous ne pouvions pas faire usage, parce que le législateur ne peut fixer dans une loi que ce qui est déjà fixé dans les esprits. La loi est la reproduction de la volonté générale, de sorte que la loi qui avance, qui est un progrès, mais qui n'a pas encore reçu l'assentiment général du public intéressé, cette loi devient impossible. Voilà pourquoi tant de lois restent lettre morte, c'est qu'elles ont trop anticipé"¹⁴.

7. Dès lors l'avant-projet d'Albert Nyssens demeura lettre morte et, quelques années plus tard, le gouvernement luxembourgeois fit appel à son successeur à la chaire de droit commercial de l'Université Catholique de Louvain, Jean Corbian, afin de remettre sur le métier un ouvrage plus conforme aux attentes, à savoir une loi consistant en un décalque de loi belge du 18 mai 1873 telle que "développée" par la loi du 25 mai 1913¹⁵.

Dans sa préface à son avant-projet de loi *Des sociétés commerciales*¹⁶, Jean Corbian se pencha avec nostalgie sur l'œuvre incomprise de son Maître Albert Nyssens: "(...) œuvre d'origine envolée et de large envergure, que la parole autorisée d'Eudore Pimren n'a pas hésité à qualifier "l'un des travaux les plus complets et les plus approfondis qu'il y ait sur la matière" (...).

Mais malgré ces mérites, et précisément à cause de cette supériorité, l'œuvre d'Albert Nyssens est jusqu'ici restée du domaine de la science pure. En cette matière comme en d'autres, cette intelligence d'être devrait s'apercevoir que ce n'est pas pour les succès immédiats que l'on peut se permettre de devancer son temps et de jeter ses regards au-delà de l'horizon qui borne ceux de la généralité de ses contemporains".

14 Intervention de P. EYSCHEN, Discussions, Projet de loi portant révision de la législation sur les sociétés commerciales, Avis du Conseil d'Etat, 11 juin 1909, *Compte-Rendu, Ch. dép.*, Annexe n° 1, p. 371.

15 Voy. C. DELVAUX, *La société anonyme, syllabus*, Luxembourg, p. 1: "Un projet de révision du régime des sociétés commerciales fut mis au point par Jean Corbian, professeur à l'université de Louvain et le législateur luxembourgeois en fut saisi en 1909. Comme le législateur belge venait de doter la Belgique d'une réglementation nouvelle par la loi du 25 mai 1913, la loi luxembourgeoise du 10 août 1915, concernant les sociétés commerciales, s'est inspirée étroitement de cette loi belge, sans préjudice de certaines particularités tirant généralement leur origine du projet initial". Pour une description générale de loi belge initiale, celle du 18 mai 1873, et des "développements" (selon une expression de CH. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, T. 1^{er}, 3^{ème} éd. par A. BENOIT-MOURY & A. GRECOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1981, n° 6), y apportés par la loi du 25 mai 1913 laissant par ailleurs intactes les principes directeurs de la loi de 1873, à savoir la liberté, la publicité et la responsabilité (CH. RESTEAU, *ibid.*), cons. TH. TILQUIN & V. SIMONART, *Traité des sociétés*, T. 1^{er}, Diegem, Kluwer, 1996, nos 14 et suiv. et 24 et suiv.

16 J. CORBIAN, *Des sociétés commerciales – Avant-projet de loi élaboré pour le Grand-duché de Luxembourg*, Luxembourg, Imprimerie & Librairie de la Cour Victor-Büch, 1905 (reproduit in *Loi du 10 août 1915 sur le régime des sociétés commerciales. Travaux préparatoires et documents parlementaires 1882-1915, o.c.*), pp. I-VII.

Ayant compris la "leçon", Corbian décrit alors son propre travail en ces termes: "(...) projet, de portée moins vaste et d'envergure plus modeste (...) sur la base de la loi belge, mais qui, demeurant strictement confiné dans les limites des données positives et des solutions concrètes de cette loi, s'abstint de toute incursion dans les sphères encore inexplorées ou dans les champs d'expérience où s'agitent et s'étaient innovations et réformes (...). A ce point de vue, notre travail relève beaucoup de la nature et des caractères d'un commentaire de la loi belge (...). La loi belge, sans doute, mais la loi belge adaptée et mise au point par compléments, amendements ou corrections, eu égard au Grand-duché de Luxembourg (...)". Selon le rapporteur L. Metzler¹⁷, "[Jean Corbian (...)] (a) élaboré un projet qui s'éloigne en bien des points de l'œuvre de Nyssens, pour se rapprocher davantage de la loi belge de 1873 respectivement de 1886 (...). Il est tout indiqué d'innover le moins possible pour ne pas faire perdre le bénéfice de la jurisprudence belge et celui du commentaire de l'auteur".

Aujourd'hui encore, la loi luxembourgeoise du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales est d'un abord aisé pour le juriste belge ayant connu les anciennes lois (belges) coordonnées sur les sociétés commerciales: le plan et même la numérotation des articles de la loi luxembourgeoise en sont demeurés fort proches.

La propension du législateur luxembourgeois à s'inspirer du droit belge sera également formulée de manière expresse à l'occasion de réformes ultérieures de sa réglementation sociale, notamment:

– à l'occasion de l'adoption de la loi du 18 septembre 1933 introduisant la société à responsabilité limitée (SARL)¹⁸: le droit belge est cité aux côtés des droits français et allemand au rang de ses sources d'inspiration¹⁹. Par la suite, lors de l'introduction de la SARL unipersonnelle, par la loi du 28 décembre 1992²⁰, l'intention de s'aligner sur le droit belge fut également exprimée tout en se départissant du régime restrictif de ce dernier quant à la faculté pour une personne physique d'être l'associé unique de plusieurs SPRLU²¹ et quant à la possibilité pour une personne morale d'être l'associé unique d'une SPRLU²²;

17 Intervention L. METZLER, Discussions, Projet de loi précité, pp. 305 et suiv. et spéc. pp. 308-311.

18 Loi du 18 septembre 1933 ayant pour objet d'instituer la société à responsabilité limitée et d'apporter certains changements au régime légal et fiscal des sociétés commerciales, *Mém. A*, n° 48, 2 octobre 1933, p. 749; Travaux préparatoires: *Ch. dép.*, *Compte-rendu 1931-32*, vol. 140, col. 169; vol. 141, col. 2033. *Ch. dép.*, *Compte-rendu 1931-32*, Discussions, vol. 140, p. 171 (régime de la société calqué sur le projet belge); Projet de loi n° 7 tendant à l'institution de sociétés à responsabilité limitée, rapport de la section centrale, Luxembourg, 4 décembre 1931, p. 21 (le législateur luxembourgeois a pris comme "modèle tantôt des lois allemandes, tantôt des lois belges ou françaises").

20 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 du 30 décembre 1992, p. 3141; doc. parl. 3637.

21 Effectivement, en vertu de l'art. 212 du Code belge des sociétés, la personne physique associée unique d'une SPRLU qui deviendrait l'associé unique d'une autre SPRLU devient caution solidaire des engagements de cette dernière jusqu'à l'entrée d'un associé supplémentaire dans la société. Le droit luxembourgeois ne formule aucune restriction de ce genre.

22 En vertu de l'art. 213 § 2 du Code belge des sociétés, l'associé unique personne morale est caution solidaire des engagements de la SPRL, aussi longtemps que la société ne compte pour associé que cette personne morale. Sur le refus de cette restriction en droit luxembourgeois, cons. Projet de loi n° 3637 modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales à l'effet d'introduire la société à responsabilité limitée unipersonnelle, *Ch. dép.*, sess. ord. 1991-92, Exposé des motifs, pp. 3-4.

– dans le cadre de l'élaboration de la loi du 23 novembre 1972 réalisant la transposition en droit luxembourgeois de la première directive européenne en matière de sociétés²³, la référence utilisée fut celle du projet belge ayant ultérieurement abouti à l'adoption d'une loi du 6 mars 1973 visant le même objet²⁴.

8. Toutefois, une certaine distanciation du droit luxembourgeois par rapport au droit belge s'est opérée depuis la fin de la seconde guerre mondiale. Ainsi, il a été relevé que le Grand-duché a connu la notion de capital autorisé alors que cette technique était encore ignorée du droit belge; que le régime de la SARL s'est au fil du temps éloigné de la loi belge (cette dernière ayant tendance à étendre la réglementation issue des directives européennes aux SPRL, démarche qui n'est pas adoptée par le législateur luxembourgeois); que les dispositions applicables à la société civile (dotée en droit luxembourgeois de la personnalité juridique et y devenant commerciale par le fait de l'adoption d'une forme de société commerciale: voy. *infra* n° 14) et à la société coopérative (dont le régime ne correspond au droit belge que dans son état antérieur à la réforme qui y fut apportée par une loi du 20 juillet 1991²⁵) diffèrent notablement du droit belge et que le processus de la transformation de la société demeure, contrairement au droit belge, fort peu réglementé^{26,27}.

Il est vrai que le contexte de la place financière luxembourgeoise dicte au gouvernement luxembourgeois une politique sociétaire propre marquée du sceau du libéralisme. Cette volonté de s'affranchir de la tutelle exclusive du droit belge a été soulignée par le Conseil d'Etat à l'occasion de l'examen du projet de loi transposant en droit luxembourgeois les exigences de la seconde directive communautaire en matière de droit des sociétés.

“Depuis 1915, le droit luxembourgeois des sociétés s'inspire du droit belge des sociétés, même si certaines réformes adoptées en Belgique, notamment en 1935, n'ont pas été introduites chez nous. Pour l'essentiel cependant, la doctrine et la jurisprudence belges en matière de droit des sociétés, notamment des sociétés anonymes, font autorité chez nous (...). Le fait que le projet belge tendant à introduire en droit belge la directive n° 77/91 CE ne retient pas un grand nombre de possibilités offertes par le texte communautaire permettant de déroger à certaines règles contraignantes strictes, n'a pas incité les auteurs du présent projet à suivre le projet belge. Cette façon de procéder doit être approuvée. En effet

²³ Loi du 23 novembre 1972 portant adaptation de la loi du 10 août 1915 concernant le régime des sociétés commerciales telle qu'elle a été modifiée dans la suite, à la directive n° 68/151 du Conseil des Communautés Européennes du 9 mars 1968, *Mém. A*, n° 72 du 13 décembre 1972, p. 1586; doc. parl. 1496.

²⁴ Projet de loi n° 1496 portant adaptation de la loi du 10 août 1915 concernant le régime des sociétés commerciales, telle qu'elle a été modifiée par la suite, à la directive n° 68/151 du Conseil des Communautés européennes du 9 mars 1968, *Ch. dép. sess. ord.* 1970-71, Commentaire du projet de loi luxembourgeois par P. VAN OMAEST, *AGHE*, p. 49.

²⁵ Voy. Rapport K. GEENS, n° 19.

²⁶ Cons. I. CORSIER (sous la direction d'A. Prüm), *Le droit des sociétés commerciales au Grand-duché de Luxembourg, comparé aux droits belge et français*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° C. 5.3. (ouvrage désigné *infra* par “Tableau”).

²⁷ Un avant-projet de réforme globale du droit luxembourgeois, qui sera déposé incessamment, formule enfin un régime complet en la matière: art. II, 105) de ce projet.

²⁸ Pour le relevé de ces éléments de différenciation entre les droits luxembourgeois et belge des sociétés, cons. Projet de loi n° 1496, o.c., Exposé des motifs, pp. 10-11.

l'axiome ‘liberté, Responsabilité’ doit continuer à s'appliquer toutes les fois que la réglementation communautaire le permet.

A cela vient s'ajouter que, particulièrement dans le domaine financier, le Luxembourg s'est engagé dans une voie propre inconnue en Belgique. Ainsi l'exigence de souplesse du droit des sociétés anonymes reste-t-elle une condition importante dans le domaine des sociétés de participation financière (...). Ainsi, la réglementation du capital autorisé, le régime du rachat des actions propres qui est pour ces sociétés d'investissement de pratique journalière et répond à leur essence même, sont à maintenir dans la mesure où les textes communautaires n'imposent pas de solutions plus rigides^{28,29}.

Le “paradoxe de la singularisation croissante du droit des sociétés luxembourgeois” a été souligné par Alain Steichen dans son *Précis de droit des sociétés*:

“Le droit luxembourgeois des sociétés est fortement inspiré du droit belge, grand nombre d'articles de la loi de 1915 ayant encore aujourd'hui exactement la même teneur qu'en droit belge. Par ailleurs, les directives communautaires visent à faciliter le rapprochement des législations au sein de l'Union Européenne. On s'attendrait dès lors à ce qu'il soit de plus en plus normal pour le praticien luxembourgeois de consulter les ouvrages étrangers en vue de solutionner des difficultés rencontrées en droit luxembourgeois. Pourtant, il est de plus en plus difficile de se reporter aux ouvrages étrangers en droit des sociétés luxembourgeois. Comment expliquer ce paradoxe? L'explication est double:

– d'une part, le droit communautaire pris sous la forme de directives ne prévoit guère de règles uniques s'imposant aux Etats membres, mais offre généralement une panoplie de solutions au sein desquelles chaque Etat membre peut faire son choix. Dans la mesure où le Luxembourg reste fidèle à sa tradition de choix de la solution la plus libérale possible choi qui n'est pas nécessairement partagé à l'étranger; il n'est pas rare de constater que la transposition du droit communautaire éloigne parfois le Luxembourg de ses pays limitrophes au lieu de l'en rapprocher;

– d'autre part les législations belge et luxembourgeoise ont sensiblement évolué depuis 1915, et ce pour des raisons indépendantes de la création de l'Union Européenne. Certains textes ont été adoptés au Luxembourg sans la Belgique (p. ex.: la loi de 1992 sur les faillites), voire avant elle (p. ex.: la loi sur les SARL). Le droit des sociétés peut constituer un outil intéressant pour le développement de l'économie nationale, et il est probable que la taille du pays explique pourquoi cet instrument de développement est diversement apprécié et utilisé en Belgique, en France et au Luxembourg³⁰.

9. Il ne faut dès lors point s'étonner de voir le législateur luxembourgeois afficher au fil de l'adoption des législations récentes, une **propension à l'éclectisme dans ses sources d'inspiration**.

A titre d'illustrations:

– l'article 203 Loi du 10 août 1915, introduit par la loi du 19 mai 1978³¹ et récemment

²⁸ Projet de loi 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 Européenne du 13 décembre 1976, Avis du Conseil d'Etat, 19 décembre 1980, *Doc. Parl. Ch. des dép. sess. ord.* 1980-81, n° 2474, p. 32.

²⁹ Voy. notamment Tableau, n° 2.1.1.1 et le régime des exceptions admises quant à l'opération de rachat d'actions propres.

³⁰ A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 1^{ère} éd., Luxembourg, Editions Saint-Paul, 2006, n° 14.

³¹ Loi du 19 mai 1978 complétant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales *Mém. A*, n° 32 du 13 juin 1978, p. 589; doc. parl. 2104.

modifié par la loi 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés³², permettant au tribunal d'arrondissement siègeant en matière commerciale de prononcer, à la requête du Procureur d'Etat, la dissolution et ordonner la liquidation de toute société soumise à la loi luxembourgeoise qui poursuit des activités contraires à la loi pénale ou qui contrevient gravement aux dispositions du code de commerce ou des lois régissant les sociétés commerciales³³, prit initialement pour modèle une disposition du droit allemand³⁴.

– le système mis en place, par la loi du 9 avril 1987³⁵ quant à la représentation des obligataires fut inspiré des droits français, italien, suisse et surtout anglo-saxon³⁶,

– lors de l'introduction, par la loi du 21 juillet 1992³⁷, d'une action en extension de la faillite (art. 495 du Code de commerce³⁸) et d'une action en comblement de passif (art. 495-1 du Code de commerce³⁹), la première de ces actions fut inspirée par le droit français tandis que la seconde est essentiellement imaginée à partir de l'article 631ter L.C.S.C. belges (actuel art. 530 Code belge des sociétés)⁴⁰.

– l'instauration, par la loi du 25 août 2006⁴¹, de la faculté pour les SA de se doter d'un régime dualiste de gestion (SA à directeur et conseil de surveillance) est inspirée des dispositions de droit français en la matière.

En guise de conclusion quant aux sources d'inspiration du droit luxembourgeois des sociétés, reprenons quelques propos de C. Delvaux⁴².

“Jusqu'en 1990, le droit des sociétés luxembourgeois était directement dérivé du droit belge. Depuis cette date, le droit belge a fortement évolué. Le Grand-duc

de Luxembourg n'a, jusqu'à l'heure actuelle, pas ou peu suivi cette évolution.”⁴³

10. La loi du 10 août 1915 se caractérisa par une grande stabilité entre son adoption et les années soixante-dix (trois modifications seulement⁴⁴). Puis les modifications s'accélérent même si le rythme des réformes apparaît significativement moins soutenu qu'en droit belge:

- loi du 23 novembre 1972 portant adaptation de la loi du 10 août 1915 concernant le régime des sociétés commerciales telle qu'elle a été modifiée dans la suite, à la directive n° 68/151 du Conseil des Communautés Européennes du 9 mars 1968 (précitée);
- loi du 6 mai 1974 instituant des comités mixtes dans les entreprises du secteur privé et organisant la représentation des salariés dans les sociétés anonymes (*Mém.* A, n° 35 du 10 mai 1974, p. 620; doc. parl. 1689);
- loi du 16 mai 1975 portant modification de certaines dispositions des titres II et VIII du livre 1^{er} du Code civil (n.d.l.r. modifiant l'article 45, n° 1 et l'article 161 alinéa 2 de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales) (*Mém.* A, n° 29 du 26 mai 1975, p. 652; doc. parl. 1583 et 1688);
- loi du 19 mai 1978 complétant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (*Mém.* A, n° 32 du 13 juin 1978, p. 589; doc. parl. 2104);
- loi du 24 avril 1983 portant modification de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (*Mém.* A, n° 35 du 16 mai 1983, p. 864; doc. parl. 2474);
- loi du 18 avril 1984 relative à la délégation et à la déchéance de l'autorité parentale et à la tutelle aux prestations sociales (*Mém.* A, n° 51 du 7 juin 1984, p. 766; doc. parl. 2557);
- loi du 4 mai 1984 portant modification de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (*Mém.* A, n° 40 du 10 mai 1984, p. 586; doc. parl. 2657 et Rectificatif, A-115 du 31 décembre 1984, p. 2421);
- loi du 28 juin 1984 portant organisation de la profession de réviseur d'entreprises (*Mém.* A, n° 81 du 23 août 1984, p. 1346; doc. parl. 2734);
- règlement grand-ducal du 30 janvier 1985 portant modification des montants prévus aux articles 215 et 231 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (*Mém.* A, n° 7 du 14 février 1985, p. 74; dir. 78/660/CEE);
- loi du 8 août 1985 portant modification de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (*Mém.* A, n° 49 du 28 août 1985, p. 931; doc. parl. 2890);
- loi du 25 août 1986 portant modification
 - 1) des articles 117, 120 et 124 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales
 - 2) des articles 10, 13, 14, 17 et 20 de l'arrêté grand-ducal du 17 septembre 1945 sur l'organisation des associations agricoles (*Mém.* A, n° 65 du 27 août 1986, p. 1826; doc. parl. 2984);

³² Loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés, *Mém.* A, n° 77 du 21 juin 1999, p. 1681; doc. parl. 4328.

³³ Voy. Tableau, n° A. 3.1.2.1.

³⁴ Voy. Projet de loi n° 2104 complétant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, *Ch. dép.* sess. ord. 1976-77, Exposé des motifs, p. 3. La disposition allemande concernée est l'art. 396 AktG (loi sur les sociétés anonymes), laquelle dispose que:

“(1) *Gefährdet eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien durch geschwätigtes Verfahren ihrer Verwaltungsträger das Gemeinwohl und sorgen der Aufsichtsrat und die Hauptversammlung nicht für eine Abberufung der Verwaltungsträger, so kann die Gesellschaft auf Antrag des zuständigen obersten Landesbehörde des Landes, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, durch Urteil aufgelöst werden. Ausschliesslich zuständig für die Klage ist das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat.*“(art. 1).”

Norons toutefois que l'utilisation qui est faite en Allemagne de l'art. 396 AktG semble très marginale en comparaison des nombreuses applications opérées au Grand-duché de l'art. 203 Loi du 10 août 1915.

³⁵ Loi du 9 avril 1987 concernant la représentation des obligataires, *Mém.* A, n° 29 du 30 avril 1987, p. 415; doc. parl. 2942.

³⁶ Projet de loi n° 2492(2) concernant la représentation des obligataires, *Ch. dép.* sess. ord. 1986-87, Rapport de la Commission juridique, p. 2.

³⁷ Voy. Tableau, n° 1.6.

³⁸ Loi du 21 juillet 1992 portant adaptation de la réglementation concernant les faillites et nouvelle définition des actes de commerce et créant l'infraction d'abus de biens sociaux, *Mém.* A, n° 58 du 10 août 1992, p. 1898; doc. parl. 3381.

³⁹ Voy. Tableau n° 2.4.6.4.

⁴⁰ Voy. Tableau n° 2.4.6.4.

⁴¹ Projet de loi n° 3381 portant adaptation de la réglementation concernant les faillites et nouvelle définition des actes de commerce et créant l'infraction d'abus de biens sociaux, *Ch. dép.* sess. ord. 1989-90, Exposé des motifs, pp. 7-8.

⁴² *Loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE)*, la société anonyme à directrice et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle, *Mém.* A, n° 152 du 31 août 2006, p. 2684; doc. parl. 5332.

⁴³ *O.c.*, pp. 31-32.

- loi du 9 avril 1987 concernant la représentation des obligataires (*Mém.* A, n° 29 du 30 avril 1987, p. 415; doc. parl. 2942);
- loi du 7 septembre 1987 modifiant la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (*Mém.* A, n° 77 du 15 septembre 1987, p. 1792; doc. parl. 2897);
- loi du 28 avril 1988 relative aux sociétés à responsabilité limitée, modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (*Mém.* A, n° 24 du 27 mai 1988, p. 516; doc. parl. 2960);
- loi du 11 juillet 1988 relative à l'établissement des comptes consolidés (*Mém.* A, n° 45 du 18 août 1988, p. 872; doc. parl. 3154);
- loi du 8 mars 1989 portant modification de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (*Mém.* A, n° 14 du 17 mars 1989, p. 176; doc. parl. 3112);
- loi du 21 juillet 1992 portant adaptation de la réglementation concernant les faillites et nouvelle définition des actes de commerce et créant l'infraction d'abus de biens sociaux (*Mém.* A, n° 58 du 10 août 1992, p. 1898; doc. parl. 3381);
- règlement grand-ducal du 25 novembre 1992 portant modification des montants prévus aux articles 215 et 231 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (*Mém.* A, n° 92 du 11 décembre 1992, p. 2573; dir. 90/604/CEE);
- loi du 27 novembre 1992 portant adaptation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant le régime des sociétés commerciales à la onzième directive du Conseil des Communautés Européennes du 21 décembre 1989 concernant la publicité des succursales créées dans un Etat membre par certaines formes de sociétés relevant du droit d'un autre Etat (*Mém.* A, n° 95 du 15 décembre 1992, p. 2625; doc. parl. 3579);
- 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 du 30 décembre 1992, p. 3141; doc. parl. 3637);
- loi du 29 juillet 1993 portant adaptation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales à la directive 90/604/CEE du Conseil des Communautés Européennes du 8 novembre 1990, modifiant la directive 78/660/CEE sur les comptes annuels et la directive 83/349/CEE sur les comptes consolidés en ce qui concerne les dérogations en faveur des petites et moyennes sociétés ainsi que la publication des comptes en écus (*Mém.* A, n° 67 du 25 août 1993, p. 1191; doc. parl. 3707; dir. 90/604 et 83/349);
- loi du 2 décembre 1993 portant adaptation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales à la directive 90/605/CEE du Conseil des Communautés Européennes du 8 novembre 1990, modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE concernant respectivement les comptes annuels et les comptes consolidés, en ce qui concerne leur champ d'application et portant modification de certaines autres dispositions de la loi modifiée du 10 août 1915 (*Mém.* A, n° 94 du 13 décembre 1993, p. 1739; doc. parl. 3781; dir. 90/605);
- Loi du 8 décembre 1994 relative:
 - aux comptes annuels et comptes consolidés des entreprises d'assurances et de réassurances de droit luxembourgeois
 - aux obligations en matière d'établissement et de publicité des documents comptables des succursales d'entreprises d'assurances de droit étranger (*Mém.* A, n° 118 du 28 décembre 1994, p. 2782; doc. parl. 3887);
- loi du 21 décembre 1994 modifiant certaines dispositions légales relatives au transfert des créances et au gage (n.d.l.r. modifiant l'art. 190 Loi du 10 août 1915) (*Mém.* A, n° 124 du 31 décembre 1994, p. 3096; doc. parl. 2564);
- loi du 10 décembre 1998 relative à l'euro (*Mém.* A, n° 105 du 17 décembre 1998, pp. 2516-2517);

- loi du 12 mars 1998 portant transposition de la directive 92/101/CEE du Conseil du 23 novembre 1992 modifiant la directive 77/91/CEE concernant la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, et portant modification de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (*Mém.* A, n° 24 du 31 mars 1998, p. 356; doc. parl. 4156; dir. 92/101);
- loi du 10 décembre 1998 relative
 - à la conversion par les sociétés commerciales de leur capital en euros et modifiant la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle que modifiée,
 - aux différences résultant de l'application des règles d'arrondi (*Mém.* A, n° 105 du 17 décembre 1998, p. 2516; doc. parl. 4456);
 - loi 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés et modifiant et complétant notamment certaines dispositions de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (*Mém.* A, n° 77 du 21 juin 1999, pp. 1681-1684);
 - loi du 10 juin 1999 modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales par l'introduction des sociétés coopératives organisées comme des sociétés anonymes (*Mém.* A, n° 70 du 11 juin 1999, pp. 1469-1471);
 - règlement grand-ducal du 22 décembre 2000 portant modification des montants prévus aux articles 215, 231 et 313 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (*Mém.* A, n° 141 du 29 décembre 2000, p. 3292);
 - 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 (*Mém.* A, n° 149 du 31 décembre 2002, p. 3630; doc. parl. 4581);
 - loi du 10 juillet 2005 relative aux prospectus pour valeurs mobilières (*Mém.* A, n° 98 du 12 juillet 2005, p. 1726; doc. parl. 5444);
 - loi du 25 août 2006 concernant la société anonyme européenne (SE), la société anonyme à directeur et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle (précitée).

11. L'accélération du rythme des réformes à partir des années soixante-dix s'explique notamment par la nécessité de transposer les directives européennes en matière de droit des sociétés.

- pour la 1^{re} directive (publicité et opposabilité des actes, société en formation, engagement de la société et nullités des SA, SCA et SARL): loi précitée du 23 novembre 1972;
- pour la seconde directive (constitution de la SA, maintien et modifications de son capital): loi précitée du 24 avril 1983⁴⁵;
- pour les troisième et sixième directives (fusions et scissions): loi précitée du 7 septembre 1987;
- pour la quatrième directive (comptes annuels): loi précitée du 4 mai 1984; règlements grand-ducaux précités du 30 janvier 1985 et du 25 novembre 1992 portant modification des montants prévus aux articles 215 et 231 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales;
- pour la septième directive (comptes consolidés): loi précitée du 11 juillet 1988 relative à l'établissement des comptes consolidés;
- pour la huitième directive (agrément des personnes chargées du contrôle légal des documents comptables): loi précitée du 28 juin 1984 portant organisation de la profession de réviseur d'entreprises;

⁴⁵ La transposition de la directive 2006/68/CE du Parlement Européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la seconde directive (J.O.U.E. 25 septembre 2006, L264/32) est encore à venir.

– pour la onzième directive (publicité des succursales): loi précitée du 27 novembre 1992 portant adaptation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant le régime des sociétés commerciales à la onzième directive du Conseil des Communautés Européennes du 21 décembre 1989 concernant la publicité des succursales créées dans un Etat membre par certaines formes de sociétés relevant du droit d'un autre Etat;

– pour la douzième directive (SARL à un seul associé): loi précitée 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.

En outre, il s'agit de mentionner:

– loi précitée du 29 juillet 1993 portant adaptation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales à la directive 90/604/CEE du Conseil des Communautés Européennes du 8 novembre 1990, modifiant la directive 78/660/CEE sur les comptes annuels et la directive 83/349/CEE sur les comptes consolidés en ce qui concerne les dérogations en faveur des petites et moyennes sociétés ainsi que la publication des comptes en écu;

– loi précitée du 2 décembre 1993 portant adaptation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales à la directive 90/605/CEE du Conseil des Communautés Européennes du 8 novembre 1990, modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE concernant respectivement les comptes annuels et les comptes consolidés, en ce qui concerne leur champ d'application et portant modification de certaines autres dispositions de la loi modifiée du 10 août 1915;

- loi précitée du 8 décembre 1994 relative:
 - aux comptes annuels et comptes consolidés des entreprises d'assurances et de réassurances de droit luxembourgeois
 - aux obligations en matière d'établissement et de publicité des documents comptables des succursales d'entreprises d'assurances de droit étranger.

Cette transposition s'est généralement opérée en faisant "le plus large usage des options que les directives communautaires ont réservé aux Etats-Membres en vue de rendre la loi luxembourgeoise la moins contraignante possible, et de laisser dans la mesure du possible, prévaloir en droit des sociétés luxembourgeois le principe de la liberté contractuelle"⁴⁶. Toutefois le législateur luxembourgeois s'est parfois montré plus soucieux d'une transposition presque littérale de réglementations communautaires à vrai dire parfois extrêmement techniques que de faire oeuvre de transposition "en souplesse"⁴⁷. Par ailleurs, le législateur luxembourgeois a effectivement limité l'impact des directives européennes sur sa législation en matière de sociétés en n'étendant pas l'emprise des règles issues des directives à d'autres sociétés que celles directement visées par lesdites directives (ainsi, p. ex., la L. 10 août 1915 ne régleme formellement la fusion-scission que dans le cadre de la SA, seule visée par les troisième et sixième directives). Cette ligne de conduite diffère de celle adoptée par le législateur belge qui a généralement eu tendance à étendre aux SPRL (et, par la suite aux SCRL) l'effet des dispositions issues de la transposition des directives européennes.⁴⁸

⁴⁶ C. DEVAUX, *o.c.*, pp. 26-27.

⁴⁷ Un bon exemple est l'art. 49bis L. 10 août 1915 relatif à l'acquisition d'actions par une filiale directe de la SA dont les titres sont concernés.

⁴⁸ Voy. à ce sujet le Rapport de K. GEENS.

Chapitre II

LIGNES DE FORCE DU DROIT LUXEMBOURGEOIS DES SOCIÉTÉS, PLUS SPÉCIALEMENT COMPARÉ AU DROIT BELGE

12. Si l'on s'attache à présent à dégager les différences essentielles du droit luxembourgeois par rapport au droit belge, l'on soulignera plus spécialement les points suivants:

- dans sa définition de la société (art. 1832 C. civ.), le droit luxembourgeois ne retient pas la possibilité, introduite récemment en droit belge par la loi du 13 avril 1995, de ne pas soumettre certaines sociétés à l'exigence d'un but lucratif;
- la société civile luxembourgeoise est, en règle et contrairement au droit belge, dotée de la personnalité juridique. Par ailleurs, l'acquisition par une société à objet civil de la forme d'une société commerciale lui fait acquiescer le statut de commerçant (commercialité par la forme) alors que la société belge à objet civil prenant la forme d'une société commerciale conserve sa nature civile (voy. *infra* n° 14);
- le régime de la SARL luxembourgeoise est généralement bien plus libéral que celui de la SPRL belge dans la mesure où le législateur luxembourgeois a maintenu cette société en dehors de la sphère d'influence des réglementations introduites à la suite des directives européennes relatives aux sociétés (spécialement la seconde directive);
- le régime de la société coopérative luxembourgeoise se rapproche de la réglementation de la société coopérative belge avant l'adoption des diverses réformes initiées, spécialement à propos de la SCRL, à partir de la loi du 20 juillet 1991;
- depuis la loi (précitée) du 25 août 2006, tant la SA que la SARL peuvent revêtir un caractère unipersonnel;
- alors que le droit luxembourgeois est en principe caractérisé par un libéralisme certain, celui-ci se trouve tempéré par l'existence de l'article 203 Loi du 10 août 1915⁴⁹ qui crée une latitude considérable dans le chef des tribunaux de pouvoir procéder à la dissolution des sociétés. Cette disposition permet au juge de mettre fin à l'existence de la société non seulement dans certaines hypothèses particulières comme celle de l'inactivité de la société⁵⁰ mais aussi de liquider une société en difficulté dans une situation de faillite virtuelle et, de manière générale, de sanctionner l'irrespect de quelques dispositions sociétaires ou commerciales, faisant jouer ainsi à cette disposition le rôle d'un succédané de responsabilité pénale de la personne morale⁵¹, un tel régime n'ayant pas comme tel été introduit au Grand-duché de Luxembourg;

⁴⁹ Voy. Tableau, n° A. 3.1.2.1.

⁵⁰ Voy. Tableau, n° A. 3.1.2.9.

⁵¹ En ce sens: D. SPIELMANN, "La responsabilité des personnes morales en droit pénal luxembourgeois", *Annales de droit luxembourgeois*, Bruxelles, Bruylant, n° 4-1994, 1995, pp.127-14.

- le régime de la liquidation des sociétés présente un caractère largement sup-
pléit en droit luxembourgeois⁵²;
- alors que, par la loi du 13 avril 1995, le législateur belge a largement aban-
donné la théorie de la libre constitution de la personne morale et son corol-
laire jurisprudentiel de la théorie de cadres légaux obligatoires (personnalité
juridique obligatoire) pour se rallier à un régime formaliste, le Luxembourg
a dès le départ pris une orientation différente, alliant une conception con-
tractuelle au caractère non obligatoire de la personnalité morale (*infra C*);
alors qu'en matière de nationalité de la société, la Belgique demeure en prin-
cipe attachée à la théorie dite du "siège réel", le droit luxembourgeois, sans
abandonner l'option précitée, manifeste, surtout depuis la loi du 31 mai
1999, une propension à se contenter d'un simple siège statutaire établi au
Grand-duché en vue d'attribuer sa nationalité à la société concernée⁵³;
- le régime de la transformation de la société demeure largement inorganisé
par la Loi du 10 août 1915⁵⁴;
- l'opération de fusion-scission n'est expressément organisée en droit luxem-
bourgeois des sociétés que pour les sociétés anonymes (sous la seule excep-
tion de la société coopérative organisée comme une société anonyme récem-
ment introduite à titre de structure sociétaire pour les fonds de pension)
alors que le droit belge l'organise pour l'ensemble des sociétés commerciales
dotées de la personnalité juridique⁵⁵;
- à la différence du droit belge, le droit luxembourgeois des sociétés n'orga-
nise pas le transfert d'universalité ou de branche d'activité⁵⁶;
- le régime de l'appel à l'épargne publique demeure en droit luxembourgeois
encore largement embryonnaire;
- la notion d'"action dématérialisée" demeure inconnue du droit luxembour-
geois des sociétés anonymes;
- le régime des parts bénéficiaires non représentatives du capital social appa-
rait nettement plus libéral en droit luxembourgeois qu'en droit belge⁵⁷;
- alors que le droit belge vient récemment d'introduire, dans le cadre de son
droit des sociétés, une réglementation de la certification de titres susceptibles
de conférer le droit de vote, le droit luxembourgeois demeure muet à cet

⁵² L'avant-projet de réforme globale de la L. 10 août 1915 formule un régime inspiré des dispositions les plus libérales du droit belge.

⁵³ L'art. 159 al. 1^{er} L. 10 août 1915 dispose que: "administration centrale est située au Grand-d'acte cons- tituif ait été passé en pays étranger".

⁵⁴ art. 2 al. 3 L. 10 août 1915 dispose que: "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".

⁵⁵ Mais l'avant-projet de réforme globale de la L. 10 août 1915 formule un régime inspiré des dispositions les plus libérales du droit belge.

⁵⁶ Toutefois le projet de loi 4992 (modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant la société commer- ciale, *Ch. dép. sess. ord. 2001-02*) ouvre l'opération de fusion-scission à l'ensemble des sociétés dotées de la personnalité juridique. La loi titre de ce projet devrait être incessamment publiée au *Mémorial*.

⁵⁷ Voy. Tableau, n° 1.4.

- égard quoique, à notre sens, la technique du contrat fiduciaire⁵⁸ permette déjà d'y réaliser des opérations similaires⁵⁹;
- en ce qui concerne l'emprunt obligataire, le droit luxembourgeois diffère notablement du droit belge quant à la représentation des obligataires et ne vise pas l'émission d'obligations assorties de droits de souscription⁶⁰ ou encore les obligations dématérialisées;
 - en matière d'augmentation de capital, le Luxembourg n'organise pas un droit de priorité⁶¹;
 - le droit luxembourgeois ne permet pas l'émission d'actions ou parts sous le pair ou la valeur nominale des anciennes⁶²;
 - la Loi du 10 août 1915 ne vise ni le vote par correspondance⁶³ ni la sollici- tation publique de mandats de vote;
 - le droit luxembourgeois n'organise pas expressément le régime de la nullité des assemblées générales⁶⁴;
 - la matière des conventions d'associés (clauses restrictives de la cessibilité des parts sociales, conventions de vote) demeure non réglementée⁶⁵;
 - ni l'exclusion, ni le retrait, ni l'offre de reprise obligatoire d'associés ne sont visées par la Loi du 10 août 1915⁶⁶;
 - la réglementation du conflit d'intérêts entre l'administrateur et la société évoque la législation belge *avant* les réformes initiées à dater d'une loi du 18 juillet 1991⁶⁷;
 - le droit luxembourgeois n'organise pas d'action sociale minoritaire⁶⁸;
 - le droit luxembourgeois permet tant à la SA nationale qu'à la Société euro- péenne d'adopter un régime de gestion dualiste depuis la loi précitée du 26 août 2006.
- Ce bref panorama ne s'attarde évidemment qu'aux différences essentielles entre les droits luxembourgeois et belge des sociétés.

⁵⁸ Voy. loi du 27 juillet 2003 portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, *Mém. A.*, n° 124 3 septembre 2003, pp. 2619 et suiv.

⁵⁹ Voy. Tableau, n° 1.5.

⁶⁰ Mais l'avant-projet de réforme globale qui sera bientôt déposé le fait (notamment Art. II, 21)).

⁶¹ Mais l'avant-projet de réforme globale qui sera bientôt déposé le fait (Art. II, 20)).

⁶² Mais l'avant-projet de réforme globale prévoit l'introduction de cette technique (Art. II, 17)).

⁶³ Mais l'avant-projet de réforme globale prévoit l'introduction de cette technique (Art. II, 96)).

⁶⁴ Mais l'avant-projet de réforme globale organise un régime des nullités d'assemblées inspiré du droit belge (Art. II, 7)).

⁶⁵ Mais l'avant-projet de réforme globale formule une réglementation inspirée du droit belge (Art. II, 22 et 44)).

⁶⁶ Mais l'avant-projet de réforme globale formule une réglementation inspirée du droit belge (Art. II, 58 et 101)).

⁶⁷ Voy. Tableau, n° 2.4.4. L'avant-projet de réforme globale (Art. II, 33)) réforme la réglementation en la matière d'une manière seulement partiellement inspirée du droit belge.

⁶⁸ Mais l'avant-projet de réforme globale formule une réglementation inspirée du droit belge en la matière (Art. II, 41)).

Chapitre III

RECONNAISSANCE DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE EN DROIT LUXEMBOURGEOIS: UNE CONCEPTION CONTRACTUELLE ET UNE PERSONNALITÉ MORALE NON OBLIGATOIRE

13. La nomenclature des groupements de droit privé disponibles en droit luxembourgeois est, sans surprise, très proche de celle du droit belge puisque le droit luxembourgeois fut au départ calqué sur le droit belge et s'en inspire toujours de nos jours.

La loi du 10 août 1915 (art. 2) énumérait initialement cinq formes de sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique, c'est-à-dire la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société anonyme, la société en commandite par actions et la société anonyme. Par ailleurs le même article prévoyait deux formes de sociétés commerciales dénuées de la personnalité juridique, à savoir l'association momentanée (actuelle société momentanée du droit belge⁶⁹) et l'association en participation (actuelle société en interne dans le Code belge des sociétés⁷⁰).

Par l'effet de la loi (précitée) du 18 septembre 1933, la société à responsabilité limitée (SARL), société dotée de la personnalité morale, vint s'ajouter à cette liste. Enfin, par la loi (précitée) du 25 août 2006, la société européenne fut ajoutée à l'énumération des sociétés dotées de la personnalité morale aux termes de l'article 2 L. 10 août 1915. A cet égard on notera que le législateur luxembourgeois, dans sa mise en œuvre du Règlement européen (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), fit un choix légistique différenciant de l'orientation prise en droit belge: le statut de la société européenne est pleinement intégré dans la L. 10 août 1915 au sein des règles régissant la société anonyme, en telle sorte que le praticien puisse avoir une visibilité et une compréhension immédiate de ce statut sans devoir à tout moment se référer au texte, parfois peu clair, du Règlement européen^{71,72}.

Par ailleurs et contrairement au droit belge⁷³, la réglementation du GIE et de l'association agricole (le pendant luxembourgeois de la société agricole de droit belge) se situent en dehors de la L. 10 août 1915 de même que celle afférente aux

GIE ayant établi leur siège au Luxembourg⁷⁴.

Quant à la société coopérative européenne, la mise en œuvre du Règlement communautaire en la matière est encore à venir au Grand-duché de Luxembourg⁷⁵. Par rapport au droit belge, une société manque donc à l'appel dans la nomenclature luxembourgeoise: la société de droit commun, c'est-à-dire la société, civile ou commerciale selon son objet, dénuée de la personnalité qui fut introduite en droit belge à la suite de la loi du 13 avril 1995, laquelle subordonne l'acquisition de la personnalité juridique à l'accomplissement de la formalité du dépôt des actes: en l'absence d'un tel dépôt la société concernée sera une société de droit commun⁷⁶.

14. L'éventuelle commercialité par la forme et la personnalité juridique des sociétés civiles. Pas plus que le droit belge d'avant la loi du 13 avril 1915, la L. 10 août 1915 ne contient de disposition relative à l'acquisition de la personnalité juridique par les sociétés commerciales: elle se borne à énoncer, à l'article 2 L. 10 août 1915, que la "loi reconnaît comme sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique" les sept types de sociétés visés à l'alinéa 1^{er} de cette disposition (à savoir: les SNC, SCS, SA, SCA, SARL, SC et SE).

La L. 10 août 1915 diffère toutefois dès le départ très notablement du droit belge en ce que son art. 3 permet aux sociétés dont l'objet est civil (*à priori* régies par les art. 1832 et suiv. du C. civ.) de se constituer ou de se transformer en l'une des formes de sociétés commerciales dotées de la personnalité morale mentionnées à l'article 2. En outre l'adoption d'une forme commerciale par une société civile lui fait perdre sa nature civile. Il s'agit du système dit "de la commercialité par la forme", connu du droit français alors que le droit belge, d'abord pour les sociétés créées pour l'exploitation des mines, minières et carrières puis pour l'ensemble des sociétés civiles, porte que l'adoption par une société civile d'une forme commerciale ne lui fait pas perdre sa nature civile⁷⁷.

Genèse de l'éventuelle commercialité par la forme de la société civile en droit luxembourgeois. L'une des deux réformes importantes que proposait l'avant-projet Nyssens par rapport à la législation belge alors existante (l'art. 136 de la loi belge de 1873 se bornant à conférer cette faculté aux seules sociétés constituées pour l'exploitation des mines, mini-

74 Voy.:

– pour le GIE: loi du 25 mars 1991 sur les groupements d'intérêt économique (*Mém.* A, n° 20, 11 avril 1991, p. 452; doc. parl. 3434) disponible en une version coordonnée *in* I. CORBISSIER, A. PRÜM & J.-P. SPANGG, *Recueil sociétés et associations*, Luxembourg, Service Central de Législation, 2003, pp. 283 et suiv.;

– pour le GIE: 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 (*Mém.* A, n° 20, 11 avril 1991, p. 459; doc. parl. 3435) disponible en une version coordonnée *in* *Recueil sociétés et associations*, o.c., pp. 280 et suiv.;

75 – pour l'association agricole: 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) disponible en une version coordonnée *in* *Recueil sociétés et associations*, o.c., pp. 29 et suiv.

76 Alors que le Code belge des sociétés y consacre depuis peu ses art. 949 à 1011 constituant le Livre XVI de ce Code.

77 Visée aux art. 2 § 1^{er} et 4 al. 2 et 46 Code belge des sociétés.

78 Principe actuellement énoncé à l'art. 3 § 4 Code belge des sociétés.

69 Art. 2 § 1^{er} et art. 47 Code belge des sociétés.

70 Art. 2 § 1^{er} et art. 47 Code belge des sociétés.

71 Sur cette orientation, voy. Projet de loi n° 5352 concernant la société européenne (SE), la société anonyme à directeur et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle, modifiant la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et certains autres dispositions légales, *Ch. dép. sess. ordinaire 2003-04*, p. 30.

72 En droit belge, une optique minimaliste fut suivie: seules les règles nécessaires à la mise en œuvre du Règlement communautaire ont été édictés et celles-ci constituent un Livre (XV, incluant les art. 874 à 948) distinct du Code belge des sociétés dont la lisibilité nécessite un report fréquent au texte du Règlement.

73 Le Code belge des sociétés ne reprend pas la réglementation relative au GIE mais consacre son Livre XIV au GIE et son Livre XIII à la société agricole.

res et carrières) consistait à permettre à toute société civile d'adopter la forme de la société par actions⁷⁸. Effectivement l'article 4 du dit projet dispose que: "Les sociétés civiles peuvent, sans perdre leur caractère civil, emprunter les formes de la société par actions; dans ce cas, elles sont régies par les dispositions du présent titre"⁷⁹.

L'avant-projet Corbhan par contre (art. 137) se borna à reprendre la disposition belge réservant aux seules sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines, minières et carrières la faculté de prendre la forme d'une société commerciale sans qu'il en résulte la perte de leur caractère civil⁸⁰.

Cette orientation fut toutefois sévèrement critiquée par le Conseil d'Etat en son avis à propos de l'avant-projet Corbhan⁸¹: "D'après le système admis par le projet (...) seules les sociétés civiles dont l'objet est l'exploitation des mines, minières et carrières, pourront emprunter les formes des sociétés commerciales (...) le conseil estime que ce système ne saurait trouver droit de cité dans la loi nouvelle, comme étant arbitraire en lui-même et en opposition, à la fois, avec les principes posés plus haut, avec les nécessités économiques, avec la pratique constamment suivie jusqu'ici dans notre pays, de même qu'en France (...) l'on est en défaut d'indiquer une raison qui puisse justifier un traitement différent pour les autres sociétés civiles (...)". M. NysSENS, à son tour, a critiqué sévèrement le système admis en Belgique par la loi de 1873 (...). Des considérations d'opportunité ont fait donner la préférence au projet de M. Corbhan sur celui de M. NysSENS (...). Mais le Conseil espère que, sur ce point spécial, M. NysSENS aura le même succès, dans notre pays, que MM. Lavasseur et Vidari ont rencontré avec la même thèse en France et en Italie (...).

D'après le système consacré par l'art. 136 du projet pour les seules sociétés civiles dont l'objet est l'exploitation des mines, minières et carrières, ces sociétés ne perdent pas leur caractère civil, en empruntant les formes commerciales. M. NysSENS a admis la même solution (...). Mais ce système, peut-être le plus conforme à la rigueur des principes, n'est pas sans inconvénients (...) il se pourra de la sorte que les tiers soient induits en erreur et qu'après avoir traité et fait des poursuites sur la foi des apparences commerciales, ils se voient opposer l'incompétence des tribunaux de commerce, et éventuellement une fin de non recevoir contre une demande en déclaration de faillite (...).

(...) dans le système proposé, la société ayant un objet civil, sera commerciale par l'autorité de la loi, du moment qu'elle se sera constituée dans les formes des sociétés de commerce et cela encore afin que les tiers n'aient pas besoin de se préoccuper de la nature civile ou commerciale de son objet (...) Le Conseil d'Etat n'hésite pas à se prononcer en faveur d'un système dont les avantages pratiques sautent aux yeux et qui, s'il a été écarté en Belgique, a par contre trouvé droit de cité dans la loi française du 1^{er} au 3 août 1893 (...). Le Conseil d'Etat est d'avis de ne pas limiter l'exercice de cette faculté, quant à son objet, aux seules formes des sociétés par actions, mais de l'étendre indistinctement aux cinq sociétés commerciales proprement dites prévues par le projet (...). Ce sera donc le système français, avec la différence que l'emprunt par la société civile de n'importe

⁷⁸ Lettre de A. NYSSENS en réponse à la lettre de P. Eyschen datée du 30 décembre 1882, o.c., pp. 13 et 15. L'autre réforme proposée par A. NYSSENS consistait en la suppression de la plupart des nullités spéciales aux sociétés par actions, pour les remplacer par une responsabilité augmentée des fondateurs (*ibid.*, p. 17).

⁷⁹ *Ibid.*, p. 28.

⁸⁰ Avant-projet Corbhan, reproduit in *Loi du 10 août 1915 sur le régime des sociétés commerciales. Travaux préparatoires et documents parlementaires 1882-1915*, Luxembourg, o.c., p. 446.

⁸¹ Avis du Conseil d'Etat formulé à propos du projet de loi élaboré par J. Corbhan, 11 juin 1909, in *Loi du 10 août 1915 sur le régime des sociétés commerciales. Travaux préparatoires et documents parlementaires 1882-1915*, o.c., pp. 52-68.

laquelle des cinq formes de sociétés commerciales prévues par le projet, entraînera la commercialité de la dite société".

En conséquence de cette considération, le Conseil d'Etat proposa, pour l'article 3 de la future loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, le texte qui, à quelques détails près⁸², constitue toujours le droit actuel en la matière:

Article 3 alinéas 3 et 4 L. 10 août 1915. – "Pourront toutefois les sociétés dont l'objet est civil, se constituer dans les formes de l'une des six sociétés commerciales énumérées à l'article précédent. Mais, dans ce cas ces sociétés, ainsi que les opérations qu'elles feront, seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce.

Pourront aussi les sociétés civiles, quelle que soit l'époque de leur constitution, si aucune disposition de leur contrat constitutif ne l'interdit, être transformées en sociétés à forme commerciale, par décision d'une assemblée générale spécialement convoquée à cet effet. Cette assemblée arrêtera les statuts de la société".

L. Metzler⁸³ renchérit dans le sens préconisé par le Conseil d'Etat: "En principe, la société à objet civil, encore qu'elle emprunte la forme de la société commerciale, est prescrite en Belgique (...) quelques explications pour vous montrer l'impossibilité de suivre sous ce rapport la législation belge, et par là-même la nécessité de nous inspirer de la loi française (...). L'initiative du Conseil d'Etat ne saurait qu'être approuvée". Plus loin le rapporteur réitère l'argumentation de certains députés craignant que le système proposé ne permette de ressusciter la main-morte en faveur des congrégations religieuses: pour qu'un groupe-ment civil puisse prendre la forme d'une société commerciale, encore faut-il qu'il s'agisse bien d'une société caractérisée par un but de lucre, ce qui ne constitue pas la finalité de ces congrégations et, par ailleurs, l'établissement de celles-ci est, en vertu de la Constitution luxembourgeoise, soumise à l'autorisation de la loi.

Cette application du principe de la commercialité par la forme se limite toutefois aux seules sociétés et parmi elles plus spécifiquement aux sociétés civiles. Ainsi que le fait observer Alain Steichen⁸⁴: "La commercialité de par la forme juridique n'existe qu'en matière de sociétés: comme l'a déjà fait remarquer Metzler: 'une association, même s'il lui prenait la fantaisie d'emprunter l'une des formes de sociétés commerciales ne dépourillerait pas sa nature civile' (...). La société d'achat ou de vente d'immubles, la société de location immobilière (...) ont des objets civils et sont des sociétés civiles si elles n'adoptent pas une forme commerciale (...). Pour les sociétés qui ne sont pas visées à l'article 2 de la loi de 1915 le critère de classification de la société en société civile ou commerciale résultera de son objet social. Ainsi si la société a un objet civil, elle sera civile; par contre la société sera commerciale si elle accomplit des actes de commerce. C'est donc l'objet d'une société qui en détermine la nature pour ces sociétés.

Ainsi une société à forme civile (la société civile) mais dont l'activité est commerciale constitue en fait une société commerciale.

⁸² Le texte proposé par le Conseil d'Etat ne comportait pas la précision que la commercialité par la forme confère également un caractère commercial aux opérations posées par les sociétés originellement civiles adoptant une telle forme. Par ailleurs le texte proposé évoque cinq formes de sociétés commerciales alors que le texte actuel en mentionne six en raison de l'introduction ultérieure (en 1933) de la forme de la SARL.

⁸³ Intervention L. METZLER, Discussions, Projet de loi portant révision de la législation sur les sociétés commerciales, *Compte-Rendu, Ch. dép. Annexe n° 1*, pp. 305 et suiv. et spéc. pp. 318-320 et 337-344.

⁸⁴ *Précis de droit des sociétés*, o.c., n° 21-22.

La société à forme civile et à objet commercial est généralement considérée comme une société en nom collectif (...).

À la différence des sociétés à forme commerciale, la forme civile d'une société ne prime pas sur l'objet commercial de la société. Pour qu'une société soit civile, il ne suffit pas que son objet soit civil, mais il faut également que la forme civile ait été adoptée⁸⁷.

Ce principe de la commercialité par la forme des sociétés civiles se constituant sous l'une des formes visées à l'article 2 L. 10 août 1915 est bien ancré au Luxembourg. Ainsi lorsque, récemment, le projet 4992 (précité) proposa d'adopter le système belge selon lequel une société civile adoptant la forme d'une société civile conserve sa nature ("le fond l'emporte sur la forme") afin de permettre notamment aux titulaires de professions libérales d'opter pour l'une des formes commerciales dotées de la personnalité juridique en vertu de la L. 10 août 1915, ce projet se heurta à une vive opposition⁸⁸ en telle sorte que son volet concernant l'abandon de la commercialité par la forme pour les sociétés civiles fut retiré. Le gouvernement décida alors de s'engager dans une autre voie en vue de permettre aux titulaires d'une profession libérale d'adopter une forme de société commerciale sans que la société perde pour autant sa nature civile, à savoir l'adoption de législations particulières au cas par cas⁸⁶.

Un autre trait différenciant la société civile ("simple", c'est-à-dire n'ayant pas opté pour une des formes commerciales auxquelles la loi confère la personnalité juridique en vertu de l'art. 2 L. 10 août 1915) de son homologue belge est que la jurisprudence lui a reconnu la personnalité juridique dès 1875⁸⁷. Toutefois la décision de la Cour supérieure de justice ne satisfît guère la pratique car elle portait que la société ne pouvait ester en justice qu'au nom de tous ses associés. C'est la raison pour laquelle, par la loi (précitée) du 18 septembre 1933, l'article 3 L. 10 août 1915 fut complété pour prévoir que: "Les sociétés dont l'objet est civil et qui se placent sous le régime des art. 1832 et suivants du Code civil, sauf les modifications apportées à ce régime par le présent appendice, constituent par elles-mêmes une individualité juridique distincte de celle des associés, et les exploits pour ou contre ces sociétés sont valablement faits au nom de la société seule"⁸⁸.

Quant à la consistance de la personnalité juridique de la société civile. Selon Alain Steichen⁸⁹ la poursuite des associés tenus conjointement est subordonnée à une vaine et préa-

lable poursuite de la société pour le montant intégral de la créance (la jurisprudence apparaît toutefois divisée sur cette question).

En ce qui concerne la responsabilité des associés: elle est illimitée. Selon Steichen une convention consacrant une RL serait nulle ou à tout le moins inopposable aux tiers⁹⁰.

1.5. L'acquisition de la personnalité juridique par les sociétés commerciales: libre constitution et légalisme découplant de la conception contractuelle prévalant en droit luxembourgeois des sociétés. Le droit luxembourgeois conserve de son héritage belge la caractéristique selon laquelle la personnalité morale des sociétés commerciales auxquelles la L. 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 "cession" (faisant dépendre l'acquisition de la personnalité juridique d'un acte discrétionnaire de l'Etat ou d'une autre autorité)⁹¹.

Alain Steichen⁹² rappelle ce principe de l'adhésion du Luxembourg au système de la libre constitution: "Le droit luxembourgeois, fidèle à l'article 1843 du Code civil, attribue la personnalité morale à la société dès que les parties l'ont constituée. La société naît au moment de la conclusion du contrat et acquiert la personnalité morale indépendamment de l'accomplissement de formalités (...).

Seules les associations en participation, les associations momentanées ainsi que des sociétés de fait⁹³ dérogent à ce principe puisqu'elles n'ont pas la personnalité morale (...). *Débat de la personnalité morale: la théorie de la libre constitution.* – À partir de quel moment la société, personne morale, naît-elle? Est-ce à partir (...) du moment où toutes les formalités de constitution, notamment les formalités de publicité, ont été accomplies? Lors de la signature de l'acte notarial? La question présente un intérêt pratique en raison des actes qui doivent être accomplis pendant la période de la formation de la société (...). L'article 1843 résout comme suit cette question: "La société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque". Donc la *personnalité morale* prend naissance dès l'*accord* des parties sur le *contrat de société* d'où le nom de "théorie de la libre constitution". L'acte constitutif peut toutefois fixer une *date ultérieure* pour le commencement de la société (...). L'inverse, par contre, n'est pas possible: la société ne saurait être créée par un acte ayant un effet *rétroactif*⁹⁴ (...).

Parfois le législateur déroge à cette règle en reportant la date de la naissance de la personnalité juridique à la date de la publication du groupement au Mémorial, respectivement au registre de commerce: association agricole (Mémorial); GIE et GEIE (registre de com-

⁸⁵ Voy. avis de la Chambre des Mémoires 18 mars 2004, doc. n° 4992(1); avis de la Chambre de commerce 29 mars 2004, doc. n° 4992(2); avis du Conseil d'Etat 7 mars 2006, doc. n° 4992(3). Cons. également M. BUIACH, "L'évolution du droit civil des sociétés depuis 1804" *La Bicenennaire du Code civil – Une contribution luxembourgeoise*, Luxembourg, Editions Forais, 2004, pp. 321 et suiv. et spec. pp. 335-340.

⁸⁶ Voy. projet de loi n° 5660 portant modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, *Ch. dép. sess. ordinaire 2006-07*, art. 1, 11 modifiant l'art. 34, paragraphe (1) de la loi (précitée) sur la profession d'avocat: "Les avocats peuvent (...) se constituer en société civile ou encore en société ayant la forme d'une des sociétés prévues à l'article 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, y inclus la société unipersonnelle".

⁸⁷ Cour 11 mars 1875, *Pas.* I, 63.

⁸⁸ Voy. Projet de loi n° 41 ayant pour objet d'insérer la société à responsabilité limitée et d'apporter certains changements au régime légal et fiscal des sociétés commerciales et civiles, *Ch. dép. sess. ordinaire 1931-1932*, p. 208. Pour de plus amples détails, voy. M. BUIACH, "L'évolution du droit civil des sociétés depuis 1804" *o.c.*, pp. 326-331.

⁸⁹ *Précis de droit des sociétés*, *o.c.*, n° 542.

⁹⁰ *Ibid.*, n° 543.

⁹¹ Sur ces divers systèmes d'acquisition de la personnalité morale, cons. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 80 et suiv.

⁹² *Précis de droit des sociétés*, *o.c.*, n° 66 et 68.

⁹³ Voy. *infra* n° 15.

⁹⁴ Dans le même sens: M. COMPEL, "Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales", *Rép. not.* T. XII, Bruxelles, Larcier, 1992, n° 223-227; la naissance de la personnalité morale peut être affectée d'un terme ou d'une condition mais ne peut rétroagir – principe indiscutable selon l'auteur qui cite plusieurs références en ce sens – sous la seule exception du régime des sociétés en formation (voy. art. 12bis L. 10 août 1915).

merci); société européenne (registre de commerce)⁹⁵. La raison en est qu'en droit comparé la naissance de la personnalité morale est généralement conditionnée par la satisfaction des exigences de publication et non par l'accord des volontés, les textes communautaires retenant de ce fait cette solution également⁹⁶.

Le Luxembourg ne compte pas suivre le droit belge lorsque celui-ci, par la loi du 13 avril 1995, a abandonné le système de la libre constitution pour le système formaliste. 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.

Cet attachement du Luxembourg à la théorie de la libre constitution fut rappelé par P. Van Ommeslaghe à l'occasion de l'avis qu'il rendit à propos du projet de loi ayant abouti à la loi 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 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"⁹⁶.

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.

V. Simonart, dans son remarquable ouvrage sur *La personnalité morale en droit privé comparé*⁹⁷, propose de substituer la notion de légalisme à l'analyse traditionnellement désignée par la notion de fiction – s'opposant à une réalité sociologique qui s'opposerait à tous y-compris au législateur – de la personnalité juridique.

(A propos de la reconnaissance de la personnalité morale) "Suivant la théorie de la fiction, elle est subordonnée à l'intervention du législateur, tandis que dans la théorie de la réalité tout groupement qui poursuit des intérêts licites et est doté d'une possibilité d'expression collective constitue de plein droit une personne morale.

Une fois écartée toute référence aux théories de la fiction et de la réalité, le concept de personnalité morale ne renseigne pas sur le rôle du législateur, mais il invite à analyser le

⁹⁵ On ajoutera le cas de l'association sans but lucratif dont la personnalité juridique naît, aux termes de l'art. 3 de la loi du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif (*Mém. A.*, n° 23, 5 mai 1928, p. 521, disponible en une version coordonnée in *Recueil sociétés et associations*, o.c., pp. 541 et suiv.), le jour où ses statuts sont publiés au *Mémorial*.

⁹⁶ Projet de loi n° 1496, *Ch. dép. sess. ordinaire*, 1970-71, pp. 56-57.

⁹⁷ *O.c.*, n° 76.

droit positif pour déterminer si seule une loi peut octroyer la personnalité morale à un groupement, ou si celui-ci en jouit spontanément dès lors qu'il remplit certaines conditions objectives"⁹⁸.

"Principe du légalisme. En réalité, le lien entre l'acquisition de la personnalité morale et l'adoption d'une forme déterminée ne résulte nullement de la dépendance du concept à la forme, mais du principe du légalisme.

En vertu de ce principe, tout groupement qui désire acquérir la personnalité morale doit adopter une forme de personne morale prévue par la loi, en remplissant les conditions de fond et en accomplissant les formalités imposées pour cette forme de personne morale (personnes morales typiques) (...).

La nécessité d'adopter une forme déterminée de personne morale ne manifeste dès lors pas la dépendance du concept à la forme mais une contrainte imposée par un ordre juridique légaliste"⁹⁹.

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"^{100,101}.

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 caractéristique¹⁰².

Par ailleurs dans la matière de la transformation des personnes morales, cette même conception légaliste amène les juges luxembourgeois à interpréter restrictivement l'article 3 L.

⁹⁸ *Ibid.*, n° 630.

⁹⁹ *Ibid.*, n° 406.

¹⁰⁰ L. METZLER, "La personnalité morale et ses limites dans la législation luxembourgeoise", *Pas. Lax.* I, 1950, pp. 1 et suiv. et spéc. pp. 2 et 6 (accentué par nous).

¹⁰¹ Voy. également L. METZLER, "La personnalité morale – son fondement juridique – ses applications – ses limites", *Mélanges de droit luxembourgeois*, Bruxelles/Luxembourg, Bryllant/Imprimerie de la Cour Joseph Boffroy, 1949, pp. 266 et suiv. et spéc. p. 266: "Le principe que '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. DEVAUX, o.c., p. 63.

¹⁰² Dans le même sens, voy. M. ELVINGER & D. SPIELMANN, "Rapport luxembourgeois", *Les groupements*, Travaux de l'Association Henri Capitant, T. XIV, Paris, Litec, 1996, pp. 99 et suiv. et spéc. pp. 103-104: "Les juridictions judiciaires luxembourgeoises décident (...) régulièrement que les groupements n'ont 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".

¹⁰³ Trib. arr. Luxembourg 13 juillet 1973, *Pas. Lax.* vol. 22, p. 430. Voy. également, à propos d'une espèce concernant une association, Cour supérieure de justice du 28 mars 1984 (R. n° 7342) en un attendu intéressant car semblant avoir vocación 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'autorité de la loi. Elle leur est acquise s'ils adoptent régulièrement l'une des formes sociales prévues par la loi (...)" (souligné par nous).

10 août 1915, lequel permet, d'une part, à une société civile de se transformer en société commerciale (*supra* n° 14) et, d'autre part, à une société commerciale de se transformer en une autre forme de société commerciale sans solution de continuité de leur personnalité juridique. Effectivement selon une décision du Trib. art. Luxembourg en date du 14 novembre 1984¹⁰³ (évoquant l'éventualité de la transformation d'une société agricole en une société anonyme): "Les sociétés et les associations sont, comme toutes les personnes morales, des fictions de la loi. Elles ne peuvent exercer leur activité que dans le cadre qui leur est tracé par la loi.

Elles ne peuvent être créées, transformées ou liquidées que dans la mesure où la loi le leur permet et dans les formes prévues par la loi.

L'article 3 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales dispose que les sociétés civiles peuvent être transformées en sociétés commerciales et que les sociétés commerciales d'un type peuvent être transformées en sociétés commerciales en un des autres types prévus par la loi. Cet article énumère les conditions d'une telle transformation et précise qu'elle ne donne pas lieu à une personnalité juridique nouvelle.

Ces dispositions, loin de traduire le droit commun - elles seraient alors inutiles et inopérantes - constituent au contraire une dérogation au droit commun en vertu duquel une société ne peut changer de forme sans perdre son ancienne personnalité juridique, sauf dérogation de la loi.

Ainsi une société commerciale ne peut se transformer en société civile sans passer par une dissolution de la première et une nouvelle constitution de la seconde. Il en est de même des associations agricoles, aucune disposition légale réglementaire et spécialement l'arrêté grand-ducal du 17 septembre 1945 sur les associations agricoles n'autorisent une telle association de se transformer en société commerciale sans observer les formalités de la dissolution et de la liquidation des associations agricoles et celle de la constitution des sociétés commerciales¹⁰⁴.

Or l'on sait que les couples (société) contrat/(personnalité morale) fiction ou légalisme et (société) institution/(personnalité morale) réalité sont de grands classiques du droit des groupements¹⁰⁵ et ce même si nous avons pu constater dans le cadre d'une autre étude¹⁰⁶ qu'un certain "échangeisme sociétaire" pouvait se faire jour, la Belgique notamment n'hésitant pas à pratiquer l'union illégitime entre la société perçue comme une institution et la personnalité morale appréhendée comme une fiction¹⁰⁷.

16. 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, du temps où elle adhérait à la théorie de la libre constitution en matière d'acquisition de la personnalité morale (supplanteée par une conception formaliste à la suite de la loi du 13 avril 1995), avait eu maille à partir 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 belge¹⁰⁸.

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;

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 légalisme;

Que parcellle 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 associée" (italiques de notre plume).

Cette théorie déniait tout rôle à la volonté des parties 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. Comme le rappelle le professeur Geens dans son rapport, cette théorie fut critiquée par l'un des auteurs de la présente étude¹⁰⁹ 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 d'avantage agir au nom de sa SNC parce que l'acte constitutif - par ailleurs inexistant - n'avait pas été déposé (ancien art. 11 L.C.S.C.). Dans la mesure où l'action se heurterait soit à une exception d'absence de fondement (art. 17 Code judiciaire) ou de non recevabilité (ancien art. 11 L.C.S.C.), la seule solution consistait à régulariser la société et à réassigner ensuite, dans l'espoir que que l'action n'ait pas été frappée de prescription ou de déchéance"¹¹⁰.

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

¹⁰³ R. n° 29500, *LJUS*, n° 98407190.

¹⁰⁴ Italiques de notre plume.

¹⁰⁵ Conrs. R. GROSSE, *Das Wesen der juristischen Person des Privatrechts in Frankreich als Erscheinungsbild des Einflusses deutscher Rechtschriften*, Dissertation, Würzburg, 1973.

¹⁰⁶ I. CORRISSIER, "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° 3-4.

¹⁰⁷ Voy. également V. SIMONART, *o.c.*, n° 542.

¹⁰⁸ Cass. (Chambre plénière) 17 mai 1968, *R.P.S.* 1968, n° 5432, avec la reproduction de l'avis du premier

avocat général ff. de procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH et note. *Retrouvées* Liège 28 mars 1963, *R.P.S.* 1963, n° 5165, obs.; Bruxelles 13 février 1967, *R.P.S.* 1967, n° 5362, obs.

¹⁰⁹ Voy. Rapport de K. GEENS, n° 7 et suiv.

¹¹⁰ I. CORRISSIER, "Pour une nouvelle dimension contractuelle et une personnalité juridique non obligatoire en droit des sociétés", *o.c.*, n° 20 et suiv.

¹¹⁰ Rapport K. GEENS, n° 8.

moules sociétaires préfabriqués 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 "peutis" 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 communément appelé une "société de fait" ou encore "crée de fait" selon la terminologie française¹¹¹, 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, peu adaptée à leurs besoins. La personnalité morale en devenait obligatoire^{112,113}.

En conclusion de notre étude sur cette question¹¹⁴, nous appelions de nos vœux une modification du droit positif belge: "décider désormais que les groupements commerciaux de fait ne sont pas dotés de la personnalité juridique. Cette solution n'est pas synonyme d'un vide juridique défavorable à la protection des intérêts des tiers puisque cette approche n'est pas exclusive de la responsabilité solidaire des membres du groupement auxquels l'on appliquera soit le principe de la solidarité entre codébiteurs commerçants

soit le régime de responsabilité des associés en nom collectif (cas de la société créée de fait en France)¹¹⁵ pour autant que ceux-ci n'aient pu licitement imiter leur responsabilité à l'égard des tiers".

Par l'effet de la loi du 13 avril 1995, le législateur belge n'a pas, à proprement parler, aboli la théorie des cadres légaux obligatoires mais il a créé un cadre pour la société de fait¹¹⁶, à savoir la société de droit commun dénuée de personnalité juridique, répondant à une suggestion formulée par V. Simonart: "La (...) solution qui réconcilie les nécessités des affaires avec les besoins de la sécurité juridique, consisterait d'une part à permettre à la société du Code civil d'avoir un objet aussi bien civil que commercial et d'autre part à subordonner l'acquisition de la personnalité juridique des sociétés commerciales ou des sociétés civiles à forme commerciale à un enregistrement ou à une immatriculation préalable, à l'instar du système suisse ou allemand. La société du Code civil pourrait ainsi accueillir les actuelles 'sociétés de fait', mais également les *consortiums* et *joint ventures* (...)"¹¹⁷.

La responsabilité des associés d'une société de droit commun à objet commercial est désormais soumise au régime de solidarité prévu à l'article 204 du Code belge des sociétés pour les associés en nom collectif (art. 2 § 4 Code belge des sociétés).

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) sorte ses effets, y-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)¹¹⁸.

De fait quelques décisions d'une juridiction inférieure s'inscrivent dans la droite ligne de cette théorie, notamment:

Trib. arr. Luxembourg 22 novembre 1990, R. nos 13805 et 13806: (à propos d'une convention de collaboration intervenue entre une SA et une SARL pour laquelle le juge constate qu'elle réunit les conditions de fond de l'article 1832 C. civ. l. et qu'elle n'a pas donné lieu à l'accomplissement des formalités légales de constitution et de publicité): "La doctrine a forgé l'expression société 'crée de fait' pour désigner la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés sans avoir exprimé la volonté de former une société (...). La convention de collaboration doit (...) être analysée en un contrat de société créée de fait. La société en nom collectif constitue, comme la société en nom collectif régulièrement constituée, une individualité juridique

111 Voy. Tablieu, n° D. 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).
112 M. CORPEL, "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 Hamel*, Université de Liège 1992.
113 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 suiv. et spéc. pp. 36-37; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, T. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 145 ("Caux 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 OMMESLAEGHE, "Les sociétés de fait", *J.T.* 1957, pp. 709 et suiv.; Id., "Les sociétés de fait en droit belge", *Traité de l'association Henri Capitant*, T. XI, Paris, Dalloz, 1957, pp. 158 et suiv.; J. VAN RYN & P. VAN OMMESLAEGHE, "Examen de jurisprudence (1954 à 1956). Les sociétés commerciales", R.C.J.B. 1958, pp. 59 et suiv. et spéc. n° 11; F. VAN DEN MENSBRUGHE, "Des sociétés constituées sans acte écrit ou dont l'acte constitutif n'a pas été publié", R.P.S. 1957, n° 4663; Id., Observations sous Gand, 18 décembre 1957, R.P.S. 1959, n° 4819, pp. 124 et suiv.; J. VAN RYN & P. VAN OMMESLAEGHE, "Examen de jurisprudence (1957 à 1960)...", o.c., n° 24; R. DEVERENDT, "In verband met feteleijk vennootschappen", R.W. 1963, col. 377 et suiv.; M. FONTAINE, "Les groupements sans personnalité juridique en droit commercial belge", *Traité de l'association Henri Capitant*, T. XXI, Paris, Dalloz, 1974, pp. 99 et suiv. et spéc. pp. 104-106; A. LAMPEUS, "Des sociétés constituées sans écrit", note sous Cass. 17 mai 1968, R.C.J.B. 1970, pp. 217 et suiv.; P. MARCHANDISE, "La copéparation entre sociétés commerciales à la recherche d'une structure", *Le Juriste dans l'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 375 et suiv. et spéc. pp. 385 et suiv.; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, o.c., n° 377 et suiv.; T. TILQUIN & V. SIMONART, *Traité des sociétés*, T. 1^{er}, o.c., n° 653 et suiv.

114 I. CORBISSIER, "Pour une nouvelle dimension contractuelle et une personnalité juridique non obligatoire en droit des sociétés", o.c., n° 25.

115 Les deux hypothèses ne peuvent être confondues: la présomption de solidarité entre codébiteurs commerçants est une présomption simple pouvant être écartée soit par la convention des parties soit par les circonstances dans lesquelles l'acte a été conclu (cons. Y. GOYON, *Droit des offertes*, T. 1^{er}, § 5^{me}, 2d, Paris, Economica, 1988, p. 69) tandis que la solidarité des associés en nom, outre le fait qu'elle s'applique aux associés qu'ils aient ou non traité avec les tiers, serait une règle de nature impérative à la protection de laquelle les tiers ne pourraient renoncer que dans l'acte passé avec la société (voy. F. DERRIDA, "De la solidarité commerciale", R.T.D.C. 1953, p. 337). Remarquons cependant que cette dernière affirmation ne repose sur aucune base légale (contrairement au droit allemand dont la S.N.C (OHG) connaît un régime impératif de responsabilité solidaire en vertu de l'art. 128 HGB).
116 Cf. V. SIMONART, o.c., n° 670.
117 V. SIMONART, o.c., n° 384.
118 Disposition qui comme son équivalent belge (ancien art. 11 L.C.S.C.) a résulté de la transposition de la première directive communautaire en matière de droit des sociétés (par la loi, précitée, du 23 novembre 1972).

distincte de celle de ses associés" (le tribunal fait alors référence à la doctrine et à la jurisprudence belge ayant développé la théorie des cadres légaux obligatoires)¹¹⁹;

Trib. arr. Luxembourg, 31 janvier 1992, R. n° 40303. Les défendeurs avaient constitué entre eux un groupement, ayant pour objet l'érection en commun de maisons, qu'ils avaient qualifié d'"association momentanée". Le juge refuse de retenir cette qualification, estimant que les défendeurs avaient en réalité constitué entre eux une société en nom collectif irrégulière constituant une individualité juridique distincte de celle de ses associés. Le tribunal estime en effet que l'objet du groupement envisagé, la convention ayant été conclue sans indication de durée, ne correspond pas à celui de traiter sans raison sociale une ou plusieurs opérations commerciales déterminées,¹²⁰

Néanmoins le tribunal d'arrondissement de Luxembourg à également estimé, de manière cette fois manifestement erronée, que "(...) c'est la procédure d'immatriculation de la société qui confère à celle-ci la personnalité juridique; que cette procédure comprend l'immatriculation au registre du commerce qui donne la personnalité morale à la société et la publication au Mémorial qui rend opposable aux tiers les actes ou extraits d'actes des sociétés" (le tribunal faisant référence à un ouvrage français en matière de sociétés: or la France connaît effectivement un régime formaliste faisant dépendre la naissance de la personnalité juridique de l'immatriculation) (Trib. arr. Lux. 15 juillet 1988, Jgt n° 336/88).

Toutefois la jurisprudence de la Cour d'appel décreète clairement que la société de fait n'est pas dotée de la personnalité juridique:

Cour d'appel, 20 mars 1991, R. n° 11451: la 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 eût été dissoute à la suite de la réunion de toutes les parts entre les mains d'un seul associé¹²¹: "Le terme 'société de fait' s'opposant à 'société de droit' désigne en général une société qui, tout en étant valable comme contrat, ne joint pas, pour une raison quelconque, de la personnalité civile"¹²².

La consultation du *Précis de droit des sociétés* d'Alain Steichen laisse apparaître en filigrane ce qui constitue sans doute la conception luxembourgeoise de la théorie des cadres légaux obligatoires: elle imposerait certes aux parties de se couler dans l'un des moules sociétaires énoncés à l'article 2 L. 10 août mais sans que pour autant cette contrainte implique l'acquisition de la personnalité juridique:

Tout d'abord, évoquant la problématique des sociétés de fait, l'auteur s'exprime en ces termes: "La société de fait, appelée 'société créée de fait' en droit français, n'est pas définie dans les textes législatifs mais constitue une création prétorienne. Elle caractérise les

situations où des personnes n'ont certes pas consciemment voulu créer une société mais où le comportement est celui de sociétaires (...).

La société de fait existe comme société parce que toutes les conditions de fond requises à cet effet se trouvent réunies en fait, sans que cependant les parties aient eu l'intention formelle de donner naissance à une société (...).

Par définition même les associés n'ont pas conclu entre elles [*sic, n.d.l.r.*] ni de contrat écrit ni même oral. C'est après coup que les tribunaux constatent l'existence de la société de fait, soit à l'occasion de litiges entre associés, soit en raison de demandes de la part de créanciers sociaux.

L'existence de la société de fait suppose établies les caractéristiques générales du contrat de société¹²³: apport, partage des bénéfices et des pertes, intention de collaborer ensemble (...).

La principale conséquence de l'activité commerciale exercée dans le cadre d'une société de fait et la *responsabilité solidaire et indéfinie de ses membres*, par application des règles du groupement d'affaires de droit commun, la société en nom collectif¹²⁴. Mais à la différence de la société en nom collectif, la société de fait ne bénéficie pas de la personnalité morale¹²⁵ (nos 626-627).

Par ailleurs, évoquant l'"énumération limitative des différentes formes sociétaires: la théorie dite des 'cadres légaux obligatoires'", l'auteur souligne le caractère limitatif et non exemplatif de l'énumération des formes de sociétés à l'article 2 L. 10 août 1915. "Aussi", poursuit-il, "il n'est pas possible pour les parties de créer un nouveau type de société (...). Cette théorie dite 'des cadres légaux obligatoires' ne permet pas de combiner les différentes formes prévues par la loi, pour en faire une sorte de résultante plus ou moins complexe. Le législateur a en effet entendu réserver la personnalité juridique aux seules sociétés commerciales prévues par lui-même". Au rang de conséquence de cette théorie, l'auteur évoque les "sociétés luxembourgeoises n'entrant pas dans l'un des moules légaux. Les associés de ces sociétés commerciales exercent leurs activités sous une raison sociale *sont réputés avoir constitué une société en nom collectif* (ou une société civile si l'objet social est de nature civile). On justifie cette règle par le souci d'offrir aux tiers le maximum de garanties par la solidarité des associés pour tous les engagements de la société et par le caractère de société commerciale de droit commun de la société en nom collectif. Le même raisonnement s'applique aux sociétés irrégulières, c'est-à-dire aux sociétés créées de fait: si deux ou plusieurs personnes exercent conjointement un commerce pour compte commun et partant ont constitué une société sans pour autant respecter les formalités de constitution des sociétés, ils seront réputés avoir constitué une société en nom collectif. Cette conclusion se justifie au regard du fait que la solidarité est de droit entre débiteurs commençaient tenus d'une même obligation contractuelle et que ceci correspond au statut des associés de la société en nom collectif" (n° 221).

La confrontation de ces deux passages du *Précis* d'Alain Steichen susciterait la perplexité si par "théorie des cadres légaux obligatoires" on entendait en droit luxembourgeois celle formulée naguère en droit belge par la Cour de cassation. Effectivement tout d'abord l'auteur affirme que les sociétés de fait (ou créées de fait) ne sont pas dotées de la person-

¹¹⁹ Voy. en outre C. DELVAUX, o.c., pp. 43-44.

¹²⁰ Lequel dispose que "L'association momentanée est celle qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées (...)". Ce groupement équivaut à la société momentanée du droit belge: voy. art. 47 Code des sociétés ("La société momentanée est une société sans personnalité juridique qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées") et cons. V. SIMONART, *L'association momentanée*, Bruxelles, Côté-dif, 1990.

¹²¹ L'espèce est arretée à l'art. 179 paragraphe (2) Loi du 10 août 1915 disposant que "La réunion de toutes les parts entre les mains d'une seule personne n'entraîne pas la dissolution de la société".

¹²² Accueilli par nous. Voy. également Cour 26 février 1901, Pas. 5, p. 517 citée par A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, o.c., n° 627.

¹²³ Auteur cite Cour 20 mars 1991 (évoqué ci-dessus).

¹²⁴ C'est nous qui soulignons. L'auteur cite la décision du tribunal d'arrondissement du 22 novembre 1990 dont nous avons vu (*supra*) qu'elle appliquait dans son classement la théorie des cadres légaux obligatoires tel que jadis compris en droit belge: la société de fait est une société en nom collectif dotée de la personnalité juridique.

¹²⁵ C'est nous qui soulignons. L'auteur cite les décisions de la Cour des 26 février 1901 et du 20 mars 1991, évoquées ci-avant.

malité juridique (nos 626-627) puis il invoque la théorie des cadres légaux obligatoires pour en faire des sociétés en nom collectif (n° 221) qui, dans l'acception belge de cette théorie, sont *obligatoirement* dotées de la personnalité juridique:

Mais en fait, à y regarder de plus près, on constate que dans son traitement de la théorie des cadres légaux obligatoires (n° 221) l'auteur n'évoque à aucun instant la personnalité juridique, impression corroborée par ses développements consacrés à la société de fait où se trouve l'affirmation claire que cette société se voit, en ce qui concerne la responsabilité de ses associés, appliquer le régime de la société de droit commun, à savoir la société en nom collectif, mais sans que cette société ne bénéficie de la personnalité juridique (n° 626-627).

17. Illustration: le cas des "associations" civiles dénuées de la personnalité civile. Nous avons déjà eu l'occasion d'observer que, en vertu de l'article 3 alinéa 1^{er} L. 10 août 1915, les sociétés civiles jouissent en droit luxembourgeois de la personnalité juridique. Pourtant il est avéré qu'il existe au Grand-duché de Luxembourg des "associations" civiles regroupant notamment des avocats dont il est communément admis qu'elles ne jouissent pas de la personnalité civile.

Quant aux confusions fréquemment induites par le recours au mot "association" pour qualifier un groupement. Selon H. De Page, "le mot 'association' est, en effet, pris (...) tantôt dans un sens générique (en tant que contrat fondamental, en tant que genus), tantôt dans un sens spécifique (en tant qu'application particulière – groupement sans but lucratif – du contrat fondamental)".¹²⁶ Si le terme "association" est fréquemment réservé aux groupements sans but lucratif afin de les opposer aux sociétés à but de lucre, il n'en demeure pas moins que des groupements qui sont incontestablement des sociétés – à savoir l'association momentanée, l'association en participation et l'association agricole – se voient affublées de l'appellation "association" soit afin de mettre en évidence l'absence de personnalité juridique – cas de l'association momentanée et de l'association en participation¹²⁷ – soit pour signaler le caractère mutualiste de l'association agricole qui n'est pas constituée en vue de procurer aux associés un bénéfice au sens strict du terme, c'est-à-dire un "gain matériel direct qui ajouterait à la fortune des associés".¹²⁸

¹²⁶ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome V, p. 15, n° 4.

¹²⁷ Voy. A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, o.c., n° 618. J. CORBAU (*Des sociétés commerciales – Avant-projet de loi élaboré pour le Grand-duché de Luxembourg*, o.c., commentaire de l'art. 1^{er} de l'art. 1^{er} de l'art. 10 août 1915 ("Elles [les sociétés commerciales, n.d.l.r.] se divisent en sociétés commerciales proprement dites et en associations commerciales") à l'aide de l'annexe suivante: "Au cours des discussions d'où sortit le texte de l'art. 2 de la loi belge, M. Barra, Ministre de la justice, émit ineluctablement cet avis que les associations commerciales ne seraient pas de véritables sociétés au sens de l'art. 1832 du Code civil. C'est là, selon nous, une assertion erronée. Et, de fait, elle a été, au moins implicitement, condamnée à diverses reprises en ces derniers temps par la jurisprudence. Néanmoins, étant donné l'importance que d'aucuns pourraient attacher à une déclaration aussi formelle émanant d'un des principaux auteurs de la loi sur laquelle est calqué le présent Avant-projet, nous avons cru qu'il ne serait pas inutile d'ajouter au texte de celui-ci une disposition spéciale, déclarant nettement que les simples associations commerciales, bien que dépourvues de la personnalité juridique dont jouissent les sociétés commerciales proprement, n'en sont pas moins, comme ces dernières, de véritables sociétés rentrant sous la définition qui donne de ce mot l'art. 1832 du Code civil".

¹²⁸ Voy. A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, o.c., n° 15 et 53.

Qu'ils puisse exister des "associations", en réalité des sociétés, civiles dénuées de la personnalité morale en dépit du prescrit de l'article 3 alinéa 1^{er} L. 10 août 191 est par ailleurs implicitement confirmé:

par les travaux préparatoires de la loi du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, lorsque le conseil d'Etat énonça que les associations d'avocat constituent de "véritables associations" à caractère *économique*¹²⁹ (ce qui exclut les acceptions du mot "association" en tant que groupement dénué de but lucratif ou encore à caractère mutualiste pour ne laisser que la désignation d'une société dénuée de personnalité juridique);

par le projet de loi n° 5660 portant modification de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat¹³⁰ en tant que modifiant l'article 34 paragraphe (4) pour énoncer que "Uniquement les sociétés dotées de la personnalité juridique peuvent être inscrites sur la liste V du tableau de l'Ordre", ce qui donne à entendre qu'il existe bien des sociétés d'avocats sans personnalité morale.

Que de telles associations civiles puissent exister sans être dotées de la personnalité juridique et au surplus avec une sorte d'assentiment implicite du législateur s'explique très probablement par l'influence des pays voisins et notamment de la France. Dans ce pays en effet les "associations" d'avocats sont analysées en ces termes¹³¹:

elles ne peuvent être considérées comme des "associations" au sens de la loi du 1^{er} juillet visant les associations dénuées de but lucratif car "il est constant que le partage de bénéfices demeure interdit aux associations"¹³²,

elles sont des sociétés car les éléments du contrat de société sont réunis (mise en commun d'apports au moins en industrie, partage des bénéfices et des pertes, *affectio societatis*);

il ne s'agit pas d'un type de société "nommée" comme la société civile professionnelle (SCP) ou la société d'exercice libéral (SEL);

il s'agit de sociétés créées de fait, cette appellation "ayant pour principal intérêt de s'appliquer à des situations qui n'entrent pas dans l'un des autres cadres types nommés de la société"¹³³. Or l'on sait que la société créée de fait se voit appliquer le régime de la société en participation, laquelle est dénuée de la personnalité civile¹³⁴ dont l'ancêtre est l'association en participation du Code de commerce. J.-J. Daigre fait d'ailleurs observer qu'on peut se demander si les rédacteurs du décret du 10 avril 1954, qui autorisa pour la première fois les "associations d'avocats", n'avaient pas en vue l'association en participation du Code de commerce, soit une société dénuée de la personnalité morale.

¹²⁹ Projet de loi n° 3273 sur la profession d'avocat, *Ch. dép.*, sess. ordinaire 1990-91, avis du Conseil d'Etat 8 novembre 1990, p. 21.

¹³⁰ *Ch. dép.*, sess. ordinaire 2006-07, art. I, 11.

¹³¹ Voy. J.-J. DAIGRE, "Les associations d'avocats: associations ou sociétés, personnes morales ou groupements de fait?", *J.C.P. Entrepris et Affaires* n° 28, 10 juillet 1997, I, 671.

¹³² J.-J. DAIGRE, *ibid.*

¹³³ J.-J. DAIGRE, *ibid.*

¹³⁴ Voy. Tabieau, D.

Depuis la loi du 13 avril 1995, la Belgique aboutirait à une solution sensiblement identique puisque cette “association d’avocats” serait par hypothèse une société non déposée et donc, par conséquent, dénuée de la personnalité civile. Plus précisément, il s’agirait d’une société de droit commun à objet civil et donc de nature civile.¹³⁵

18. Conclusion: 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 civils que commerciaux. Nous avons signalé plus haut (*supra* n° 13) que le droit luxembourgeois n’évoque pas de société de droit commun comparable à celle qui existe en droit belge depuis la loi du 13 avril 1995. 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 (*supra* n° 16). 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’article 204 du même Code pour les associés en nom collectif.

D’autre part, il existe bien, en dépit du libellé de l’article 3 alinéa 1^{er} L. 10 août 1915, des sociétés civiles sans personnalité juridique (*supra* n° 17). 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.¹³⁶ On observera d’ailleurs au passage que tel semble également le cas des associations (sans but lucratif) de fait qui ne jouissent pas non plus de la personnalité juridique.¹³⁷

Quant aux *sociétés irrégulières*, c’est-à-dire celles qui auront tenté de se constituer selon l’un des types nommés de l’article 2 L. 10 août 1915 mais qui n’auront pas procédé aux publications requises par l’article 9 § 1^{er} L. 10 août 1915, elles n’en bénéficieront pas moins, en vertu du régime de libre constitution décrit ci-dessus (*supra* n° 15), de la personnalité juridique mais les tiers bénéficient du régime d’impossibilité énoncé à l’article 10 § 3 L. 10 août 1915 (qui procure à ceux-ci la possibilité de choisir entre soit se prévaloir de l’existence de la société soit la reconnaître 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).

¹³⁵ Voy. Code belge des sociétés, art. 2 § 4; 3 § 2; 46.

¹³⁶ A. STIECHEN, *Précis de droit des sociétés*, o.c., n° 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’existence 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”.

Tout se passe donc comme si les praticiens du droit luxembourgeois avaient en tête l’affirmation de L. Metzler reproduite en exergue de cette étude, à savoir que même s’il est extrêmement aisé – en raison du régime de la libre de la libre constitution – d’acquiescer la personnalité juridique au Luxembourg pour des sociétés tant civiles que commerciales, il faut néanmoins laisser aux *parties contractantes* la latitude de *renoncer* à cette personnalité juridique. Bien sûr l’existence d’un régime en bonne et due forme pour une “société de droit commun” en droit luxembourgeois ne facilite pas la lecture de celui-ci. Plus que jamais il faut garder à l’esprit que le Grand-duché de Luxembourg est un pays dont le droit privé est profondément influencé par celui de ses voisins belge et français. Lorsque le contenu des droits belge et français diffère sur la question, comme cela a été le cas ici au moins jusqu’à la loi belge du 13 avril 1995, les difficultés commencent et avec elles les éventuels errements jurisprudentiels (*supra* n° 16). C’est pourquoi le rôle du législateur est y est encore plus important qu’ailleurs, d’autant plus que la jurisprudence y est rare et peu publiée et qu’une doctrine fiable y fait souvent défaut.¹³⁸ C’est pourquoi le gouvernement luxembourgeois a, depuis 1997 avec l’assistance du laboratoire de droit économique, entrepris une œuvre de réforme

¹³⁷ Sur l’absence de personnalité juridique des associations (sans but lucratif) de fait: voy. Trib. arr. Luxembourg 31 octobre 1928, *Pas. Lax*, 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 consentent 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: (examen 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 inexistance juridique pour se soustraire à certains engagements contractés en fait, de sorte qu’on admet, même si la solution est censurée 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 (...)”

¹³⁸ Ainsi le *Précis de droit des sociétés* d’A. STIECHEN, fréquemment cité dans le cadre de cette étude, est-il le premier traité récent en la matière que l’on puisse considérer comme faisant véritablement œuvre doctrinale en la matière.

en profondeur de la loi du 10 août 1915, laquelle a commencé à porter ses fruits¹³⁹ mais dont les résultats les plus notables sont encore à venir.¹⁴⁰

Chapitre IV

L'ÉQUILIBRE DES POUVOIRS

19. La relative stabilité qu'a connue la loi de 1915 explique les solutions pour l'ensemble classiques qu'elle retient sur les enjeux dits "d'agence" inhérent au principe de majorité (troisième problème d'agence) et aux relations entre l'actionnariat et le management (deuxième problème d'agence).

Section 1 - Relation majorité-minorité

§ 1. "Une action égale un voix"

20. La puissance votale attachée aux actions d'une SA est déterminée fondamentalement par l'application de la règle démocratique selon laquelle chaque action donne droit à une et une seule voix (art. 67 al. 4). La filiation de cette solution avec l'idéal démocratique apparaît, au surplus, dans le renvoi par défaut que la loi de 1915 fait aux règles ordinaires des assemblées délibérantes, c'est-à-dire concrètement au règlement intérieur de la chambre des députés.

21. La règle "une action égale une voix" se trouve renforcée, depuis 1983, par l'abandon de la limitation impérative du nombre de voix susceptibles d'être exprimées par un même actionnaire. À l'instar du droit belge, le texte original de la loi de 1915 prévoyait cette limitation en l'étendant d'ailleurs, au-delà des actions détenues en propre par un actionnaire, à celles qui lui étaient confiées en qualité de mandataire. Dans son avant-projet A. Nyssens¹⁴¹ avait proposé une disposition s'écarterait légèrement à la règle existante alors en droit belge pour interdire à tout actionnaire de "prendre part au vote pour un nombre d'actions dépassant la cinquième partie du nombre des actions émises"¹⁴². Au soutien de sa proposition l'auteur avançait que: "(...) proportionner exactement et indéfiniment l'importance du vote au nombre d'actions possédées par le votant, ce serait souvent permettre à deux ou trois forts actionnaires d'écraser une foule de petits actionnaires dont les intérêts seraient contraires aux leurs". Le critère unique suggéré devait permettre d'éviter les "difficultés arithmétiques inextricables" impliquées par la disposition en vigueur en Belgique.

¹³⁹ Loi précitée du 25 août 2006, projet 4992.

¹⁴⁰ A savoir le projet de réforme globale évoqué à diverses reprises et qui devrait inévitablement être déposé.

¹⁴¹ A. NYSENS, *Avant-projet de loi sur les sociétés commerciales rédigé à la demande du gouvernement du Grand-duché de Luxembourg*, o.c., pp. 216-220.

¹⁴² Différence essentielle par rapport à la disposition finalement adoptée dans la L. 10 août 1915 (et qui est elle est conforme au droit belge): cette disposition ne reprend pas le deuxième critère alternatif des "deux cinquièmes des actions représentées à l'assemblée générale".

Mais, le législateur de 1915 a préféré s'adosser sur le texte belge en faisant toutefois porter la limitation également aux votes exprimés en vertu d'un mandat. Cette nuance fut proposée à l'époque par le Conseil d'Etat¹⁴³ au motif que: la "(...) limitation vise à empêcher que le droit des petits actionnaires ne soit plus ou moins annihilé par les gros paquets d'actions s'accumulant entre les mains de quelques personnes. Mais ce but est-il atteint, lorsque la limite est appliquée séparément aux différentes espèces d'actions que représente un actionnaire majoritaire? - Oui, si le mandat est impératif. - Non, si le mandat s'en rapporte au mandataire, quant au vote à émettre, parce que, dans ce cas, la situation est absolument la même, au regard du but visé, que si l'actionnaire-mandataire était propriétaire de toutes les actions qu'il représente (...)" comme c'est un fait d'expérience que les procurations ne sont presque jamais impératives (...). Le conseil (est) d'avis qu'il convient de trancher (...) en modifiant comme suit la première partie du texte en discussion: "nul ne peut, ni pour lui-même, ni comme mandataire, prendre part au vote ..." etc."

La restriction subsistera finalement longtemps après son abolition en Belgique puisque ce n'est que par la loi du 24 avril 1983 portant modification de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales¹⁴⁴ qu'elle fut abandonnée. L'imitative émane à nouveau du Conseil d'Etat¹⁴⁵ qui estima que "cette limitation du droit de vote dans les assemblées générales ordinaires, puisée dans le droit belge, était destinée à protéger la minorité. Les nouvelles dispositions contenues dans le présent projet de loi renforcent cette protection, de sorte que la limitation du droit de vote dans les assemblées générales ordinaires qui a été une cause de difficultés et souvent d'abus, peut être abolie sans inconvénient". Il n'est pas intéressant de noter qu'à l'époque la Chambre de Commerce proposa¹⁴⁶, de rendre facultative la limitation de la puissance votale, à l'instar de ce qui existe aujourd'hui en droit belge¹⁴⁷: "Tout en étant en faveur du plafonnement légal des votes, la Chambre de Commerce, dans le souci d'introduire la plus grande souplesse possible dans le système luxembourgeois, se demande s'il ne serait pas opportun de permettre aux sociétés de prévoir facultativement dans leurs statuts la possibilité d'un tel plafonnement pour les assemblées ordinaires". Cette suggestion fut toutefois rejetée par la Commission Juridique¹⁴⁸ qui craignait que sa prise

¹⁴³ Avis du Conseil d'Etat (11 juin 1909, *Compte-Rendu*, Ch. dép. Annexe n° 1, pp. 42-149 et spéc. pp. 100-105) formulé à propos du projet de loi élaboré par J. CORBISSIER.

¹⁴⁴ *Mém. A.*, n° 35, 16 mai 1983, p. 864; doc. parl. 2474.

¹⁴⁵ Projet de loi n° 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, Ch. dép. sess. ord. 1982-83, Avis du Conseil d'Etat, 12 octobre 1982, p. 3.

¹⁴⁶ Projet de loi n° 2474(4) portant modification de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, Ch. dép. sess. ord. 1982-83, Avis de la Chambre de Commerce, 9 novembre 1982, p. 4.

¹⁴⁷ Code belge des sociétés, art. 277 (SPRL) et 544 (SA).

¹⁴⁸ Projet de loi n° 2474(5) portant modification de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, Ch. dép. sess. ord. 1982-83, Rapport de la Commission Juridique, 9 février 1983, p. 3: "(...) la Commission juridique recommande à la Chambre de laisser pour l'instant inchangée la disposition afférente et de réexaminer cette question très importante lors de l'adaptation de notre législation sur les sociétés commerciales aux autres directives européennes".

en compte ne freine l'adoption du projet. L'argument n'était pas de nature à clore définitivement le débat. L'utilité d'une limitation volontaire de la puissance votale réapparaît aujourd'hui dans l'avant-projet de réforme global sous étude au ministère de la Justice qui prévoit de l'introduire en s'inspirant des dispositions figurant dans le Code belge des sociétés.¹⁴⁹

22. En même temps que l'abrogation de la limitation impérative de la puissance votale, la loi du 29 avril 1983 abandonna une autre règle peu démocratique qui postulait l'approbation, sous certaines conditions, par les actionnaires absents des propositions faites pour l'assemblée en question par le conseil d'administration.

Erigée par la loi du 20 juin 1930 portant modification de certaines dispositions de la loi du 10 août 1915 concernant le régime des sociétés commerciales¹⁵⁰ dans le but apparent de lutter contre l'absentéisme dans les assemblées, la disposition trouvait son siège à l'article 71 qui fut complété de la manière suivante:

"Le conseil d'administration a le droit de proroger, séance tenante, l'assemblée à quatre semaines. Il doit le faire sur la demande d'actionnaires représentant au moins le cinquième du capital social. Cette prorogation, qui s'applique également à l'assemblée générale appelée à modifier les statuts, annule toute décision prise. La seconde assemblée a le droit de statuer définitivement, pourvu bien entendu que, dans le cas de modification des statuts, les conditions de présence exigées par les alinéas 5 et 4 de l'article 67, modifiés par les lois du 13 avril 1922 et du 15 janvier 1927, soient remplies. Si toutes les actions sont nominatives le délai de prorogation sera de deux semaines seulement.
(...)"

A cette seconde assemblée les actionnaires non présents et non représentés seront considérés comme présents et comme votant les propositions du Conseil d'administration, mais cela au maximum:

Pour un cinquième de la totalité des voix, s'il s'agit d'une résolution à prendre à la majorité simple.

Pour un tiers de la totalité des voix, lorsque la résolution exige la majorité des deux tiers, sauf que, dans ce cas, elle devra réunir en même temps la majorité des voix des actionnaires présents ou représentés.

Il faudra toutefois, à peine de nullité:

- a) que l'avis de convocation reproduise l'ordre du jour de la première assemblée;
- b) qu'il spécifie les propositions du Conseil d'administration sur chacun des objets figurant à cet ordre du jour, en indiquant éventuellement les noms des personnes proposées par le Conseil aux fonctions d'administrateur ou de commissaire;
- c) qu'il contienne l'avertissement aux actionnaires que leur non-présence à l'assemblée vaudra adhésion aux propositions du Conseil d'administration, dans les proportions ci-dessus indiquées.
(...)"

¹⁴⁹ Art. II, 50°: "l'art. 71 est rétabli avec le texte suivant:

Art. 71. - Les statuts peuvent limiter le nombre de voix dont chaque titulaire de titres dispose dans les assemblées, ordinaires et extraordinaires, à condition que cette limitation s'impose à tout actionnaire quels que soient les titres pour lesquels il prend part au vote."

¹⁵⁰ *Mém. A*, n° 31, 31 du 5 juillet 1930, p. 617; Travaux préparatoires: *Ch. dép. Compte-rendu 1929-30*, vol. 137, col. 1753 et suiv.

Les travaux préparatoires de cette loi éclairaient les débats qui ont présidé à son adoption.

Selon le rapporteur M. Thorn, il importe de constater l'absentéisme grandissant au sein des assemblées générales. "Quelle est maintenant la situation qui s'en dégage? C'est que, en présence de cette absence d'un très grand nombre d'actionnaires, on arrive à cette situation anormale qu'une infime minorité peut, le cas échéant, à la dernière heure, déposer un nombre d'actions et venir de cette façon renverser le Conseil d'administration et apporter à la direction qui jusqu'à présent a marché dans l'intérêt général de la société, une modification importante, en remplaçant une direction par une direction nouvelle".

Le rapporteur commente ensuite l'utilisation des actions à vote plural tant en France qu'en Belgique pour rejeter cette technique comme ayant donné lieu à des "abus scandaleux".

Le rapporteur poursuit: "(...) on peut admettre que la plupart du temps les absentéismes ne sont pas hostiles à la direction ni au Conseil d'administration, au contraire, on peut admettre que ceux qui sont absents sont d'accord, car s'ils n'étaient pas d'accord, ils feraient du bruit (...)" en présence de ce fait et pour éviter qu'une petite minorité agissante puisse arriver à modifier la situation d'une société anonyme, renverser le Conseil d'administration et venir innover, la Chambre de commerce a imaginé un système (...) qui considère les absents comme étant d'accord avec le Conseil d'administration"¹⁵¹.

L'argumentation ne recueillait cependant pas l'unanimité comme en attestent les critiques formulées par le député Clément. "(...) La première proposition concernant les assemblées générales (...) mérite de plus longs développements. Le projet de loi à peine soumis au Conseil d'Etat, ce fut dans toute la presse financière et autre des pays qui nous environnent un bruit qui souvent ressemblait singulièrement à un rire sans mesure"¹⁵². Citant le *Journal des Valeurs de Bourse de Bruxelles*: "Venant quelques mois à peine après l'ouverture de la Bourse de Luxembourg, le projet paraît assez singulier, alors que de toutes parts on s'élève avec force contre la tendance qui abuse de diminuer les droits des actionnaires (...) favoriserait le maintien (...) de la prépondérance de Conseils d'administration même s'ils ne possèdent pas la majorité effective dans les affaires de caractère international où les intérêts grand-ducaux sont virtuellement inexistantes (...) ne pourrait que nuire à l'essor de la Bourse de Luxembourg"¹⁵³. Citant par ailleurs *L'Agence Economique et Financière*: "(...) il semble que pareil projet ne puisse se concilier avec la politique très libérale que le Grand-duché a adoptée afin d'attirer les capitaux étrangers vers le Luxembourg"¹⁵⁴. Citant *L'Information de Paris*: "(...) il n'est pas du tout question de protéger l'épargne luxembourgeoise, mais bien de prendre parti dans l'antagonisme de puissances financières étrangères"¹⁵⁵. Citant la section centrale: "Pratiquement ce système peut conduire aux pires abus, en spoliant en fait les actionnaires de leurs droits pour renverser la situation acquise du Conseil d'administration.

Si ce système était définitivement consacré, les capitalistes se garderaient à l'avenir d'apporter leur argent dans les augmentations de capital des sociétés anonymes. Il y aurait alors le danger d'un fief tant redouté"¹⁵⁶.

¹⁵¹ Intervention du rapporteur M. THORN, *Ch. dép. Compte-rendu 1929-30*, vol. 137, col. 1756-1758.

¹⁵² Intervention de M. CLEMENT, *Ch. dép. Compte-rendu 1929-30*, vol. 137, col. 1763.

¹⁵³ *Ibid.*, col. 1764.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*, col. 1765.

¹⁵⁶ *Ibid.*

Au passage M. Clément révèle la véritable raison pour laquelle le gouvernement soutenait ce projet: "Il n'y a presque pas de doute que le projet de la Chambre de commerce a été inspiré par le souci du Conseil d'administration d'une de nos grandes sociétés industrielles de s'assurer la direction de l'entreprise contre un groupe français concurrent. Tout le monde est au courant de la rivalité entre les deux grandes banques belges, la Banque de Bruxelles et la Société Générale de Belgique. Les gens de la Banque de Bruxelles régnaient jusqu'ici en maîtres absolus dans notre grande société industrielle. A un moment donné cependant la Société Générale de Belgique a réussi à acquérir un paquets de parts de cette société industrielle qui aurait dû déplacer la majorité. Pour autant que nous sommes au courant les rivaux finalement ont réussi à s'entendre. Mais nous ne faisons certainement pas fausse route en admettant que la Chambre de commerce a été inspirée, en présentant son projet, plutôt par des intérêts particuliers que par un intérêt général sérieux"¹⁵⁷.

M. Clément poursuit: "(...) singulière façon d'assurer les droits légitimes de l'actionnaire déjà trop souvent considéré comme quantité négligeable par certains Conseils d'administration (...) la section centrale elle-même (...) a condamné le vote plural (...) à toute action doit correspondre une voix. Or ce seul principe équitable est ouvertement violé par notre projet (...).

Depuis des mois et des mois, un peu partout les scandales financiers se suivent. Tous ces scandales n'ont été possibles que parce que déjà aujourd'hui les actionnaires dans les grandes sociétés ne comptent plus et parce que seuls comptent les membres des Conseils d'administration, maîtres des entreprises, soustraits à tout contrôle. Ce contrôle, notre projet tend à le rendre encore plus illusoire"¹⁵⁸.

Ces critiques n'ont pas suffi à l'époque à convaincre le législateur de s'abstenir d'introduire la présomption en question. Mais, la Commission Juridique de la chambre des députés s'en est sans doute souvenue lorsqu'elle a plaidé 50 ans plus tard pour son abrogation. La transposition en droit luxembourgeois de la deuxième directive lui en a fourni l'occasion. Comme l'observe la Commission Juridique dans son rapport sur le projet conduisant à la loi du 24 avril 1983,

"cette disposition est difficilement compatible avec l'article 40 de la directive qui précise que les décisions ayant trait à:

- la limitation du droit préférentiel
- la réduction du capital

- l'amortissement du capital social requièrent lors d'une 1^{ère} assemblée 2/3 des voix affectées soit aux titres représentés soit au capital souscrit représenté.

Lors d'une 2^{ème} AG la décision est acquise si la moitié au moins du capital souscrit est représentée et si elle recueille l'adhésion d'une majorité simple des voix.

L'article 67 qui définit les règles de quorum et de majorité lors des AG ayant à statuer sur les modifications des statuts ne répond donc pas aux exigences de la directive.

En effet, la possibilité de comptabiliser les absents rend possible une prise de décision de l'AG sur les sujets énumérés ci-dessus par un nombre de présents ou représentés inférieur aux 2/3"¹⁵⁹.

¹⁵⁷ *Ibid.*, col. 1766.

¹⁵⁸ *Ibid.*, col. 1767.

¹⁵⁹ Projet de loi n° 2474(2) portant modification de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, *Ch. dép. sess. ord.*, 1982-83, Rapport de la Commission Juridique, 9 juillet 1982, p. 12.

23. À ce jour le législateur ne s'est pas laissé convaincre de la nécessité d'introduire les actions à vote plural comme elles existent notamment en France. Il envisage cependant deux tempéraments aux principes "une action égale une voix" en reconnaissant, d'une part, que certaines actions sont dépourvues de puissance votale et, d'autre part, que des titres non représentatifs du capital puissent en être assortis¹⁶⁰.

24. Les actions sans droit de vote ont été introduites en droit luxembourgeois par la loi du 8 août 1985 portant modification de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales¹⁶¹, soit six ans avant la Belgique et ce une fois de plus en réponse à un souhait exprimé par une grande entreprise luxembourgeoise. Effectivement, selon le rapport de la Commission Juridique¹⁶²: "Dans le cadre de la restructuration de notre industrie sidérurgique, il a été décidé que l'augmentation de la participation de l'Etat dans le capital social de l'ARBED se ferait, du moins en partie, par le biais de la souscription d'actions sans droit de vote.

Comme notre droit ne connaît pas ce type d'actions, une modification législative s'impose". Selon A. Steichen¹⁶³, "le seul groupe véritablement international luxembourgeois de l'époque espérait que les pouvoirs publics luxembourgeois augmentent leur participation dans son capital social, mais voulaient éviter de tomber sous le contrôle de l'Etat. D'où l'idée des actions à dividende prioritaire sans droit de vote (art. 44 LSC). Le système introduit en droit luxembourgeois par une loi de 1985 vise à réaliser un équilibre raisonnable entre les exigences de la protection légitime des actionnaires et les besoins d'un meilleur accès au marché des capitaux pour les sociétés".

Il est difficile d'apprécier si la solution a connu un grand succès au-delà du cas particulier et pour lequel elle a été introduite.

25. Quant aux parts – bénéficiaires ou de fondateurs – non représentatives du capital, le droit luxembourgeois reconnaît en même temps la possibilité d'accorder aux porteurs de celles-ci un droit de vote. À la différence de la loi belge, l'étendue de ce droit peut être librement déterminée par les statuts¹⁶⁴. Une part peut ainsi donner droit à une ou plusieurs voix, le nombre maximum des voix attachées aux parts n'est-on pas restreint¹⁶⁵.

26. Aux dérogations que la loi de 1915 permet d'apporter au principe "une action égale une voix" il convient évidemment d'ajouter les arrangements conven-

¹⁶⁰ Toutefois l'avant-projet de réforme globale prévoyait la possibilité de conférer un droit de vote double aux actions sur le modèle du droit français: art. II, 43) de cet avant-projet.

¹⁶¹ *Mém. A.*, n° 49, 28 août 1985, p. 931; doc. parl. 2890.

¹⁶² Projet de loi n° 2890 portant modification de la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, *Ch. dép. sess. ord.*, 1984-85, p. 3.

¹⁶³ A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 1^{ère} éd., Luxembourg, Editions Saint-Paul, 2006, n° 740.

¹⁶⁴ Art. 37 al. 2 L. 10 août 1915: "Indépendamment des actions représentatives du capital social, il peut être créé des titres ou parts bénéficiaires. Les statuts déterminent les droits qui y sont attachés".

¹⁶⁵ *Contra*: A. STEICHEN, *o.c.*, n° 785, qui estime que le principe "une action, une voix" serait applicable également aux parts bénéficiaires.

tionnels par lesquels des actionnaires acceptent d'encadrer l'exercice de leur droit de vote. À la différence du droit belge, le droit luxembourgeois ne comporte de *lega lata* aucune réglementation des conventions ou pactes de votation. La doctrine s'accorde toutefois à en reconnaître la validité pour autant qu'ils ne suppriment pas le droit de l'actionnaire de participer aux assemblées, ne portent pas atteinte à l'intérêt social et soient exempts de fraude¹⁶⁶. Quelques rares décisions des tribunaux luxembourgeois les ont également admis¹⁶⁷.

27. La discrétion du législateur vis-à-vis des pactes d'actionnaires se reflète logiquement aussi à l'endroit des structures pyramidales. Le contrôle de sociétés liées à une cascade de structures au prix d'un investissement réduit ne fait, comme dans la plupart des pays européens, l'objet d'aucune limitation.

28. Cette attitude libérale caractérisée encore l'option prise par la loi du 19 mai 2006 concernant les offres publiques d'acquisition et transposant la directive 2004/25/CE du 21 avril 2004¹⁶⁸. Les sociétés ayant leur siège social au Luxembourg ne se voient pas imposer la neutralisation automatique des restrictions au droit de vote lors de l'assemblée générale des actionnaires de la société cible arté- tant d'éventuelles mesures de défense ni de celle suivant la prise de contrôle. Ce qui n'empêche ces sociétés de décider elles-mêmes de se soumettre aux principes édictés par la directive. Plutôt qu'une solution impérative c'est un choix que le législateur a préféré leur proposer.

§ 2. La protection de la minorité

29. Le risque que comporte l'application du jeu démocratique au sein des sociétés pour les actionnaires minoritaires de souffrir de l'attitude dominante d'un groupe d'actionnaires majoritaires n'est guère contenu que par la théorie de l'abus de droits. La théorie dite "des éléments essentiels" n'occupe dans ce contexte qu'un rôle mineur. Le rejet par la jurisprudence d'un principe général d'égalité de traitement des actionnaires accentue les désavantages d'une participation minoritaire.

¹⁶⁶ Les auteurs luxembourgeois s'appuient à ce sujet tant sur les enseignements du droit belge où la jurisprudence avait admis, sous certaines conditions, la validité des conventions avant que la matière ne fût l'objet, en 1991, d'une réglementation expresse (Cass. belge 13 avril 1989, *J.T.* 1990, *Pas.* 1989, I, 825; *T.R.V.* 1989, p. 331 et la note de M. WYCKAERT, *J.T.* 1990, p. 753 et la note MICHELIS, *R.C.J.B.* 1991, p. 205 et la note de J.-M. NEUSSSEN GRADE) que sur la jurisprudence française qui a incontestablement inspiré la Cour de cassation belge dans la formulation de sa décision précitée (A. VIANDIER, "Observations sur les conventions de vote", *J.C.P.* 1986, I, n° 3253).

¹⁶⁷ Trib. art. Lux. référé, 22 mai 2000, rôle n° 359/2000, LJUS: 99819367; Trib. art. Lux. 28 juin 2002, R. n° 49412 & 49620 & 50934, LJUS 99820727. Cons. également les auteurs suivants: A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés, o.c.*, 2006, n°s 332 et suiv.; C. DELVAUX, *La société anonyme, syllabus, o.c.*, 2002, p. 196.

¹⁶⁸ *Mém. A.*, n° 86, 22 mai 2006, pp. 1510 et suiv.

30. Le traitement de l'abus de majorité ne révèle point d'originalité en droit luxembourgeois. Suivant les critères développés en Belgique et en France, les rares auteurs luxembourgeois comme les non moins rares décisions des tribunaux subordonnent la condamnation d'une décision prétendument abusive prise par la majorité à la démonstration que cette décision est contraire à l'intérêt social et n'a été prise que dans le seul but de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité.

31. La théorie des éléments essentiels ou des droits acquis ne connaît en droit luxembourgeois qu'une fortune relativement modeste. Si l'avant-projet d'A. Nysseus¹⁶⁹ la tenait pour allant de soi et ne lui réservait de ce fait qu'une consécration chiblée¹⁷⁰, le texte proposé par Corbiau¹⁷¹ visait au contraire à lui reconnaître un champ d'application allant au-delà de celui qu'elle recevait à l'époque en droit belge¹⁷². Aux termes de l'article 57 de l'avant-projet, l'assemblée générale se voyait ainsi refuser tant le pouvoir de changer les éléments essentiels de la société que de porter atteinte aux droits acquis à certains actionnaires. Mais, la Cour supérieure de justice, dans son avis sur le projet de loi¹⁷³, s'opposa à la proposition de Corbiau, estimant que son texte n'apportait rien par rapport au texte belge puisque, de toute façon et de l'avenu même de J. Corbiau, la réponse à la question de savoir s'il y avait atteinte aux droits acquis ou aux éléments essentiels demeurerait essentiellement une question de fait.

Le texte finalement adopté¹⁷⁴ se contenta finalement d'interdire à l'assemblée générale de changer la nationalité de la société et d'augmenter les engagements des actionnaires. L'on retrouve dans cette formulation l'inspiration des exemples français et allemands, qui autorisent en principe toute modification statutaire, auxquels le rapport de la Commission spéciale¹⁷⁵ fait directement référence. Cette optique s'est maintenue jusqu'à aujourd'hui¹⁷⁶. L'avant-projet de réforme globale du droit de société accroît la liberté d'action de la majorité en soustrayant de

¹⁶⁹ A. NYSSEUS, *Avant-projet de loi sur les sociétés commerciales rédigé à la demande du gouvernement du Grand-duché de Luxembourg, o.c.*, pp. 204-210.

¹⁷⁰ Cf. art. 67 de l'avant-projet qui se contente de proscrire que la modification des statuts puisse changer l'objet essentiel de la société.

¹⁷¹ J. CORBIAU, *Des sociétés commerciales – Avant-projet de loi élaboré pour le Grand-duché de Luxembourg*, Luxembourg, Imprimerie & Librairie de la Cour Victor Buck, 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 Buck, 1915, pp. 147-158.

¹⁷² Lequel se limitait à préciser que l'assemblée générale n'a pas le pouvoir de changer l'objet essentiel de la société.

¹⁷³ Avis de la Cour supérieure de justice à propos de l'avant-projet Corbiau, reproduit in *Loi du 10 août 1915 sur le régime des sociétés commerciales. Travaux préparatoires et documents parlementaires 1882-1915, o.c.*, 1915, p. 28.

¹⁷⁴ Art. 67 al. 2 de loi du 10 août 1915.

¹⁷⁵ Rapport de la Commission Spéciale présentée par L. METZLER, *Projet de loi portant révision de la législation sur les sociétés commerciales, Compte-Rendu, Ch. dép.*, Annexe n° 1, pp. 259-303 et spéc. pp. 298-301.

¹⁷⁶ Le texte actuel, figurant à l'art. 67-1 résultant de la loi du 7 septembre 1987, dispose que le changement de la nationalité de la société et l'augmentation des engagements des actionnaires ne peuvent être décidés qu'avec l'accord unanime des associés et des obligataires.

l'exigence d'unanimité les changements de nationalité¹⁷⁷.

Force est d'en conclure que la théorie des éléments essentiels n'est conservée en droit luxembourgeois que dans une version fort atténuée. Elle ne couvre plus, comme on l'entendait traditionnellement, l'objet¹⁷⁸, la forme de la société¹⁷⁹, son caractère civil ou commercial ou encore, suivant l'opinion de certains, le régime de la responsabilité, l'identité des associés responsables de manière illimitée et le régime de la cessibilité des actions.¹⁸⁰

32. Lorsque le capital d'une société est divisé en plusieurs catégories d'actions, leurs droits respectifs ne peuvent toutefois être modifiés sans que les conditions de présence et de majorité requise pour les modifications des statuts soient réunies pour chacune de ces catégories¹⁸¹. L'avant-projet de loi portant réforme globale du droit des sociétés comporte une reformulation de ce texte s'inspirant du droit belge et étendant sa protection aux titulaires de parts bénéficiaires¹⁸².

33. En contraste avec le sort réservé à la théorie des éléments essentiels, le législateur a hésité à reconnaître à la majorité le droit d'exclure une faible minorité par la technique du retrait *forcé* d'actions. Alors que la seconde directive européenne lui aurait permis de s'engager sur cette voie, la loi transposant la norme communautaire s'est abstenue d'introduire cette possibilité dans le droit positif luxem-

¹⁷⁷ L'art. II, 45) du futur projet de réforme globale prévoit que:
"45) à l'art. 67-1 sont apportées les modifications suivantes:
- au paragraphe (1), al. 1^{er}, les mots "le changement de la nationalité et" ainsi que "et des obligataires" sont supprimés".

¹⁷⁸ Notons qu'en droit luxembourgeois, la modification de l'objet est, contrairement au droit belge (voy. art. 287, 413 et 539 Code des sociétés) traitée comme une "simple" modification statutaire ne suscitant donc pas l'assentiment d'une majorité plus élevée (voy. art. 67-1, paragraphe (1) Loi du 10 août 1915). Toutefois cette modification doit, aux termes de l'art. 67-1, paragraphe (3), Loi du 10 août 1915, être approuvée par une assemblée générale d'obligataires.

¹⁷⁹ L'adoption d'une autre forme est également traitée comme une modification statutaire ordinaire et s'opère sans solution de continuité de la personnalité juridique en vertu de l'art. 31, L. 10 août 1915.

¹⁸⁰ *Cons. TH. THIRQUIN & V. SIMONART, Traité des sociétés*, T. 1^{er}, o.c., n° 1049.

¹⁸¹ Art. 68 L. 10 août 1915, lequel dispose que: "Lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions et que la délibération de l'assemblée générale est de nature à modifier leurs droits respectifs, la délibération doit, pour être valable, réunir dans chaque catégorie les conditions de présence et de majorité requises par l'article précédent".

¹⁸² L'art. II, 46) de cet avant-projet lui substitue la disposition suivante: "S'il existe plusieurs catégories d'actions, ou si plusieurs catégories de parts bénéficiaires ont été émises, l'assemblée générale peut, nonobstant toutes dispositions contraires des statuts, modifier leurs droits respectifs ou décider le remplacement des actions ou parts bénéficiaires d'une catégorie par celles d'une autre. L'objet et la justification détaillée des modifications proposées sont exposés par le conseil d'administration ou le directeur, selon le cas, dans un rapport annoncé dans l'ordre du jour. Tout actionnaire ou titulaire de parts bénéficiaires concerné par la décision projetée a le droit d'obtenir gratuitement sur la production de son titre, quinze jours avant l'assemblée, un exemplaire du rapport. L'absence du rapport entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale. Nonobstant toute disposition contraire figurant dans les statuts, chacune des parts bénéficiaires donne, dans l'hypothèse visée au présent article, droit au vote dans sa catégorie, les limitations résultant de l'article 71 ne sont pas applicables et l'assemblée générale doit: 1° réunir dans chaque catégorie les conditions de présence et de majorité requises pour une modification des statuts;

2° admettre tout porteur de coupures à prendre part à la délibération, dans sa catégorie, les voix étant comptées sur la base d'une voix à la coupure la plus faible".

bourgeois. L'article 69-2 de la loi de 1915¹⁸³, issu de la loi du 24 avril 1983, qui consacre la technique de la réduction de capital par retrait d'actions omet pour cette raison délibérément le mot "forcé" à la suite de "retrait". Dans son avis, le Conseil d'Etat¹⁸⁴ observa que: "Cet article (de la directive) introduit en droit luxembourgeois une notion inconnue jusqu'alors, à savoir celle du retrait forcé d'actions avec réduction du capital (...). Il convient de relever que le projet belge refuse d'avoir recours à la possibilité qu'offre l'article 36 de la directive. Le Conseil d'Etat (...) éprouve également certaines appréhensions, car le retrait ressemblable sous certains aspects à une expropriation. Il craint que les conditions minima édictées par l'article 69-1 ne soient pas suffisantes pour prévenir des abus de majorité". Il marqua par conséquent une nette réticence à l'introduction d'un retrait forcé en dehors d'un avant-projet de refonte globale du droit des sociétés". La loi du 19 mai 2006 concernant les offres publiques d'acquisition vient néanmoins d'introduire un droit de retrait obligatoire au profit de l'initiateur d'une offre publique d'acquisition qu'il est à l'issue de celle-ci à pu obtenir au moins 9,5% du capital assorti de droits de vote et 95% des droits de vote de la société cible. L'avant-projet de loi en cours d'étude prévoit de généraliser, sous certaines nuances cette solution en proposant une réglementation de l'exclusion et du retrait dans les SA et SARL calquée sur les dispositions nouvellement introduites dans le code des sociétés belge¹⁸⁵.

34. Les actionnaires minoritaires d'une société cotée risquent d'éprouver particulièrement leur situation de faiblesse lorsque l'actionnaire majoritaire réussit à vendre sa participation en négociant avec l'acquéreur une prime de contrôle. La récente loi relative aux offres publiques d'acquisition les prémunit aujourd'hui contre un traitement discriminatoire en obligeant celui qui acquiert plus du tiers des droits de vote d'une société anonyme établie au Luxembourg et dont les titres sont cotés de proposer à l'ensemble des actionnaires une reprise de leurs actions.

¹⁸³ Disposant que "(1) En cas de réduction du capital souscrit par retrait d'actions acquises par la société elle-même ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société, le retrait doit toujours être décidé par l'assemblée générale.

(2) L'article 69 paragraphes 2 et 3 s'applique à moins qu'il ne s'agisse d'actions entièrement libérées qui sont acquises à titre gratuit ou à l'aide des sommes distribuables conformément à l'article 72-2; dans ce cas, un montant égal à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair, comptable de toutes les actions retirées doit être incorporé dans une réserve. Cette réserve ne peut, sauf en cas de réduction du capital souscrit, être distribuée aux actionnaires; elle ne peut être utilisée que pour compenser des pertes subies ou pour augmenter le capital souscrit par incorporation de réserves.

(3) Dans le cas visé au paragraphe (1) la décision de l'assemblée générale est subordonnée à un vote séparé pour chaque catégorie d'actions aux droits desquelles l'opération porte atteinte. Par ailleurs, les dispositions des articles 31 paragraphe (1) et 69 paragraphe (4) ne s'appliquent pas".

¹⁸⁴ Projet de loi n° 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, *Ch. dép.*, sess. ord. 1980-81, Avis du Conseil d'Etat, 21 janvier 1981, p. 44.

¹⁸⁵ Art. II, 58) (SA) et 101 (SARL). En droit belge, comp. les art. 334, 339 (SPRL) et 636-641 (SA) Code des sociétés, lesquels résultent de la loi du 13 avril 1995 qui a - notamment - introduit les techniques d'exclusion et de retrait d'associés en s'inspirant du modèle néerlandais. Observons que les dispositions en projet pour la SA de droit luxembourgeois ne limitent pas la possibilité de recours aux procédures d'exclusion ou retrait aux seules SA "privées".

Avant cette loi, les actionnaires minoritaires d'une société luxembourgeoise ne pouvaient prétendre à cet avantage. La Cour d'appel du Luxembourg, dans un arrêt du 12 juillet 2006¹⁸⁶, leur a refusé en effet le droit de réclamer de l'acquéreur un rachat de leurs titres aux mêmes conditions que celles consenties au majoritaire. La motivation de cette décision est éclairante du sort réservé jusqu'à présent aux minoritaires dans une telle situation. "Si on admet que le fonctionnement efficace du marché repose dans une large mesure sur l'égalité des différents intervenants sur le marché et que l'intérêt du marché commande que les épargnants et confiance dans son fonctionnement équitabile" la Cour considère cependant que: "ces motifs ne sauraient... suffire à ériger l'égalité du traitement des actionnaires... en un principe général de droit, constituant une source matérielle de droit. La seule référence à diverses dispositions en matière financière, qu'elles aient trait au R.O.I., au Code de conduite européen, à la pratique administrative de la CBF, aux avis de la CCSF ou à la proposition de 13^e directive – fournit qu'elle soit et quoiqu'elles utilisent, à chaque fois, le même concept – ne permet pas d'en faire un principe général de droit. La nécessité qu'il y avait – en la matière – à faire intervenir le législateur, édictant des obligations précises à respecter par les intervenants sur le marché et définissant les modalités dans lesquelles le traitement égal des actionnaires doit être réalisé, témoigne à suffisance de l'existence d'un principe général de l'égalité des actionnaires qui, juridiquement, se suffit à lui-même".

Section 2 – Relations actionnariat – management

§ 1. Structure classique de gouvernement

35. Le contexte général dans lequel s'inscrivent les relations entre l'actionnariat et le management des sociétés anonymes luxembourgeoises paraît a priori proche de celui que l'on peut observer en Belgique. Le capital des sociétés, y compris de celles cotées en bourse, reste, à quelques exceptions notables près, peu dispersé. Les actionnaires détenant les participations les plus importantes se trouvent ainsi la plupart du temps en position pour exercer une influence décisive sur la composition des conseils d'administration. De la même façon qu'en Belgique, le troisième "agency problem" qui apparaît dans les situations où l'"ownership" se trouve distancé du "control", ne se révèle pas d'une très grande acuité.

36. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que le droit luxembourgeois se soit contenté, jusqu'à une époque récente, d'un système de direction moniste où le conseil d'administration se trouve seul à devoir répondre à l'assemblée des actionnaires. Les compétences entre ces deux organes sont partagées suivant une ligne très proche de celle existante dans les droits belge ou français¹⁸⁷.

Si, l'assemblée générale des actionnaires dispose en théorie des pouvoirs les plus

étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent la société¹⁸⁸, elle ne saurait empiéter sur les pouvoirs reconnus au conseil d'administration "d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social, à l'exception de ceux que la loi ou les statuts réservent à l'assemblée générale"¹⁸⁹. Ce dernier se voit en effet reconnaître le pouvoir résiduaire de poser tous les actes que la loi ou les statuts n'ont pas directement réservé à l'assemblée générale.

Dans l'exercice de ses très larges attributions, le conseil d'administration doit veiller à agir de manière collégiale et de se laisser guider par le seul intérêt de la société.

Ancrées dans la loi du 10 août 1915, ces exigences sont rappelées aux sociétés cotées à la Bourse du Luxembourg, par les *Principes de gouvernement d'entreprise* d'avril 2006 dans les termes suivants:

"Principe 2 – Mission du conseil d'administration

Le conseil d'administration est en charge de la gestion de la société. Il agit dans l'intérêt social et défend l'intérêt commun des actionnaires en veillant au développement durable de la société. Il agit de manière collégiale et avisée".

La formule fait ressortir, à notre sens à juste titre, que l'intérêt social ne se résume pas à l'intérêt commun des associés. Il embrasse, au-delà de cet intérêt commun, qui tient essentiellement à la recherche d'un profit, les attentes des autres partenaires de l'entreprise que sont notamment ses salariés et ses cocontractants et s'étend aux perspectives de développement de l'entreprise en tant qu'entité socio-économique autonome¹⁹⁰.

37. Cette compréhension n'est évidemment pas totalement neutre pour les nombreuses filiales de sociétés étrangères installées au Luxembourg. Certes, l'intérêt de ses filiales correspond le plus souvent étroitement à celui de son actionnaire majoritaire; ce qui permet aux administrateurs, et spécialement à ceux nommés à l'initiative de l'actionnaire majoritaire, de prendre directement en considération l'intérêt collectif du groupe dont fait partie la filiale. Le fait de suivre une politique bénéfique à l'ensemble du groupe permet même au conseil d'administration de ne pas rechercher systématiquement une maximisation des profits de sa propre société.

Mais il arrive également que l'intérêt d'une filiale ne rejoigne pas ou du moins pas entièrement celui de sa maison-mère. La personnalité juridique de la filiale n'autorise dans ce cas pas le conseil d'administration à négliger ses intérêts au profit de ceux de la maison mère ou d'une autre entité du groupe. Le droit luxembourgeois le permet d'autant moins qu'il ne reconnaît pas formellement l'existence des groupes de sociétés. A dessein, le législateur s'est abstenu jusqu'à aujourd'hui de se référer à ce concept dans la L. 10 août 1915¹⁹¹. Les juges hésitent

¹⁸⁸ Art. 67 paragraphe (1) de la L. 10 août 1915.

¹⁸⁹ Art. 53 al. 1^{er} de la L. 10 août 1915.

¹⁹⁰ La jurisprudence luxembourgeoise hésite à définir les contours de l'intérêt social, mais se montre ouverte à une conception large qui ne se restreint pas à l'intérêt commun des associés: Cf. Trib. arr. Lux. 28 juin 2002, rôle n° 49978 & 50935, LJUS 99820736; Trib. arr. Lux. 28 juin 2002, rôle n° 49412 & 49620 & 50934, LJUS 99820727.

¹⁹¹ Et cela contrairement aux législateurs belge ou français dont ils s'inspire volontiers en droit des sociétés comme en d'autres matières.

¹⁸⁶ *Bulletin Droit & Banque*, n° 38, p. 46, obs. C. Kremer et A. Collino. Un pouvoir a été introduit contre cet arrêt.

¹⁸⁷ Cons. Tableau, n° I. 2.2.2.

tent à leur tour, hormis dans le contexte particulier des transferts de contrats de travail, de prendre en considération l'existence de groupe de sociétés.¹⁹² Légitimer au sein d'une filiale, une décision prise exclusivement dans l'intérêt du groupe paraît dans ces conditions plus que délicate.¹⁹³

Une telle décision serait susceptible de traduire un abus de vote s'il est avéré qu'elle sacrifie les intérêts de la filiale sans que celle-ci ne puisse légitimement en attendre à terme un retour positif.¹⁹⁴

Elle pourrait même constituer un abus de biens sociaux au sens de l'article 171-1 de la L. 10 août 1915. Notons, à cet égard, que le législateur a introduit cette incrimination en s'inspirant directement de la législation française dans le but notamment de permettre aux tribunaux de s'orienter à partir de la jurisprudence française. Or, celle-ci n'accepte, depuis le fameux arrêt Rozenblum, du 4 février 1985, d'exempter les décisions prises dans l'intérêt du groupe de la qualification d'abus de biens sociaux qu'à condition qu'elles soient dictées "par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe" et qu'au surplus elles ne soient "pas démunies de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge".¹⁹⁵ La seule appartenance au groupe ne constitue pas une justifica-

tion.¹⁹⁶ s'il ne résulte pas de la décision prise en faveur du groupe également un avantage matériel ou immatériel clairement perceptible pour la filiale.¹⁹⁷ Bien qu'ils n'aient pas encore eu l'occasion, à notre connaissance, de connaître sous la perspective de l'abus de biens sociaux la mise en œuvre de la politique d'un groupe, il est probable que les juges luxembourgeois suivraient la même orientation.

38. La plénitude des pouvoirs du conseil d'administration se trouve renforcée, sur le plan externe, par l'impossibilité aux tiers des limitations de pouvoirs susceptibles de figurer dans les statuts ou qui seraient décidées par l'assemblée ou le conseil lui-même (art. 53 al. 4 L. 10 août 1915).

De telles limitations n'ont donc d'effet que dans la sphère interne en ce que leur violation engage la responsabilité des administrateurs vis-à-vis de la société (sur la base de l'art. 59 al. 2 L. 10 août 1915). Elles doivent au surplus consister en des restrictions ciblées obligeant, par exemple, le conseil à solliciter l'autorisation de l'assemblée pour des actes dépassant un enjeu important. Elles ne sauraient priver le conseil du pouvoir de gestion que la loi lui attribue impérativement.

39. En pratique, les conseils d'administration des sociétés d'une certaine taille arrêtent rarement eux-mêmes la gestion mais se bornent à entériner et à contrôler les décisions prises ou suggérées à cet effet par une direction qu'ils ont mise en place. La mise en place d'une structure de direction efficace à travers l'institution d'un comité de direction comme la création de comités spécialisés ne découle pas uniquement du souci d'une gestion performante, elles sont considérées aujourd'hui comme un impératif dicté par les standards d'un gouvernement d'entreprise moderne. Les récents principes de gouvernance d'entreprise de la Bourse de Luxembourg en sont le témoin, même s'ils ne concernent directement que les sociétés cotées.¹⁹⁸

Mais le droit luxembourgeois ne répond qu'imparfaitement à ses attentes. Il n'autorise, en effet, expressément qu'une délégation de la gestion journalière des affaires et des pouvoirs de représentation impliqués par une telle délégation (art. 60 de la loi du 10 août 1915). La loi sur les sociétés commerciales reste à cet égard en retrait du droit belge – sa principale source d'inspiration – qui a légalisé en 2002 les comités de direction.

40. Or, le carcan de la "gestion journalière" se révèle manifestement trop étroit pour embrasser toutes les fonctions que comporte une véritable direction de la société. Pour la jurisprudence, cette "gestion journalière" ne concerne que les actes d'administration ne dépassant pas les besoins de la vie quotidienne de la société ou qui, en raison de leur peu d'importance ou de la nécessité d'une prompt solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-

¹⁹² Trib. arr. Lux. 14 juillet 2000, rôle 45565, LJUS 99819833 qui, à propos d'une prétendue novation de créances, affirme de manière très claire l'indépendance des sociétés faisant partie d'un même groupe: "Même si comme l'affirme le demandeur, les deux sociétés font partie d'un même groupe de société, à savoir le groupe O, il n'en reste pas moins qu'elles sont constituées de personnes juridiques distinctes ayant chacune leurs droits et obligations, la notion de groupe de société n'étant pas reconnue en droit luxembourgeois". Voy. cependant à propos de l'appréciation d'une convention de vote, Trib. arr. Lux. 28 juin 2002, rôle n° 49412 & 49620 & 50934, LJUS 99820727, où l'intérêt du groupe est pris en compte comme un paramètre de la recherche d'un actionariat stable susceptible de conforter la validité de la convention.

¹⁹³ Cf. A. STEIGEN, o.c., n° 175; "En l'absence d'une consécration jurisprudentielle de l'intérêt du groupe, les dirigeants sociaux seront bien tentés de ne pas se retrancher derrière l'existence du groupe et l'intérêt collectif pour tenter de légitimer certaines opérations totalement disproportionnées pour leur société".

¹⁹⁴ Cf. A. STEIGEN, *ibid.*

¹⁹⁵ Cass. crim. 4 février 1985, n° 84-91.581, *Bull. crim.*, n° 54, p. 145, D. 1985, *Jur.*, p. 478, note OHL, *Reu. sociétés* 1985, p. 648, note BOUOC, *RTD com.* 1985, p. 827, note BOUZART, *JCP éd. G.* 1986, II, n° 20585, note JEANDURIEU; jurisprudence confirmée à maintes reprises depuis: cf. Cass. crim. 13 février 1989, n° 88-81.218, *Reu. sociétés* 1989, p. 692, note BOUOC; Cass. crim. 4 septembre 1996, n° 95-83.718, *RIDA* 1997, n° 58, p. 35, *JCP éd. E* 1997, I, n° 639, p. 133, Obs. VANDIER & CAUSSAN, D. 1996, IR., p. 260, *Reu. sociétés* 1997, p. 365, note BOUOC; Cass. crim. 5 mai 1997, n° 96-81.482, *JCP éd. E* 1997, pan., n° 1049, *Bull. Joly* 1997, p. 953, note BARBIÈRE, D. *affaires* 1997, chr., p. 971, *RIDA* 1997, n° 1493, p. 1023; cf. aussi BOUOC, "Droit pénal et groupes d'entreprises", *Reu. sociétés* 1988, p. 181; FREYRIA & CLARAN, "De l'abus de biens et de crédit en groupe de sociétés", *JCP éd. E* 1993, I, n° 247; M.E. BOURSIE, "Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux: entre efficacité et claudesmitie", *Reu. sociétés* 2/2005, p. 273. Pour une formule légèrement différente, voir CA Paris, 9^e ch., 29 mai 1986, *Bull. C.N.C.* 1986, n° 64, p. 391, note DU PONTAVICE: "La convention doit être dictée par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe ou à tout le moins en commun, et donner lieu à la conclusion d'engagements équilibrés, le cas échéant révisables et adaptables aux circonstances et tenant compte à la fois de la réalité et de l'efficacité des prestations fournies, caractérisées par l'existence d'un support logistique et la qualité reconnue des prestations antérieurement rendues, et, d'autre part, en ce qui concerne le prix fourni en retour, et des liens historiques et de solidarité unissant les sociétés, et des possibilités financières de celle qui en supporte la charge".

¹⁹⁶ FREYRIA & CLARAN, o.c., n° 12; BOURSIE, o.c., n° 79.

¹⁹⁷ BOURSIE, o.c., n° 85.

¹⁹⁸ *Principes de gouvernement d'entreprise* précités: voir en particulier principes 3 et 7 et les recommandations associées.

même. "Les décisions du délégué à la gestion journalière doivent être la suite et la conséquence de décisions prises antérieurement par le conseil d'administration. En d'autres termes toute initiative véritable lui est refusée"¹⁹⁹.

Il est vrai qu'à côté de la délégation de la gestion journalière, le conseil d'administration dispose aussi de la possibilité de confier des attributions déterminées à certains dirigeants ou comités. Bien que la loi sur les sociétés commerciales n'envisage pas directement ces délégations spéciales, les tribunaux luxembourgeois ont eu l'occasion d'en consacrer la validité. Ils ont reconnu, en particulier, que les conseils peuvent constituer en leur sein des "comités restreints" chargés des questions spécifiques sans qu'il n'en résulte une atteinte au principe du fonctionnement collégial du conseil²⁰⁰. Ils ont admis, par ailleurs, que de tels comités peuvent comprendre des personnes extérieures au conseil²⁰¹.

41. Faute d'envisager l'existence des comités de direction, la législation luxembourgeoise, reste évidemment muette sur d'éventuelles limites des attributions qui peuvent lui être reconnues. Il faut se garder de déduire de ce silence que le conseil d'administration serait totalement libre de définir l'étendue des compétences déléguées. L'exemple belge de la réglementation du comité de direction permet tout d'abord de penser que le conseil ne peut pas se décharger de la définition de la politique générale, celle-ci constituant le cœur même de ses attributions autant que la référence par rapport à laquelle il devra surveiller l'action du comité de direction.

Les pouvoirs régulièrement délégués au comité de direction échappent-ils au conseil d'administration, comme cela semble être le cas en droit belge²⁰²? La solution nous paraît plutôt inverse en droit luxembourgeois où la délégation, faute d'avoir été prévue par la loi sur les sociétés, ne peut s'appuyer que sur le droit commun. Or celui-ci ne prive pas le titulaire original d'un pouvoir lorsqu'ils décident d'en déléguer l'exercice un tiers. À cela s'ajoute que le comité de direction ne peut être considéré comme un organe, à proprement parler, de la société. Abandonner entre ses mains des attributions qui peuvent être essentielles en en privant par la même occasion le conseil d'administration paraît dans ces conditions difficilement compatibles avec le modèle d'organisation actuel des sociétés anonymes en droit luxembourgeois. À cet égard l'avant-projet de réforme globale du droit des sociétés prévoit que le comité de direction, consacré par une disposition comparable à celle du droit belge²⁰³, "exerce ses pouvoirs de manière exclusive"²⁰⁴.

42. La répartition des tâches résultant de l'instauration de comités n'emporte en tout état de cause des conséquences directes que sur le plan du fonctionnement

interne de la société. S'il s'agit, de surcroît, de permettre à certaines personnes de poser des actes vis-à-vis des tiers elle doit s'accompagner de la délivrance de mandats de représentation. Seuls les administrateurs peuvent se voir reconnaître un mandat général de représentation opposable aux tiers à condition qu'il ait été dûment publié. (art. 53 al. 4 de la loi du 10 août 1915) Les dirigeants qui n'ont pas la qualité d'administrateur doivent se contenter de mandats spéciaux.

43. L'insuffisance du modèle de direction classique centrée sur le conseil d'administration pose particulièrement difficulté dans le secteur bancaire dont il n'est guère nécessaire de souligner l'importance pour l'économie luxembourgeoise. La nature particulière des activités exercées par les établissements de crédit et les risques qu'elles engendrent a conduit, en effet, le législateur communautaire et, par la suite, le législateur luxembourgeois à exiger de leur part le respect de standards de direction renforcés par rapport à ceux résultant du droit des sociétés²⁰⁵. Ces exigences tiennent essentiellement à l'interdiction de confier la gestion de l'établissement à une seule personne. La responsabilité de cette gestion, y compris la détermination de l'orientation de l'activité de l'établissement, doit être assumée par au moins deux personnes dont la Commission de Surveillance du Secteur Financier se réserve le droit d'apprécier le niveau d'expérience professionnelle avant de les agréer.

44. L'étendue des fonctions visées par le principe de la direction collégiale dépasse clairement la gestion journalière telle que la définit la jurisprudence et la doctrine. Conçue avant tout comme une mission d'exécution des décisions prises par le conseil guidé, le cas échéant, par un comité de direction, la gestion journalière ne s'étend pas à la détermination de l'orientation des activités. Le pouvoir de gérer, au sens de la législation sur les établissements de crédit, intègre ainsi des attributions que le conseil d'administration ne saurait déléguer dans le cadre de la gestion journalière. Il nécessite par là même une délégation plus large comprenant le pouvoir de prendre des décisions stratégiques. Sans exclure une telle délégation, la loi sur les sociétés commerciales ne lui assure pas une totale efficacité.

§ 2. Protection des actionnaires minoritaires

45. Face à des administrateurs omnipotents les actionnaires disposent essentiellement de deux voies de protection: la révocation et l'action responsabilité. Le principe de la révocabilité *ad nutum* leur laisse une large discrétion pour user de la première. Par hypothèse, celle-ci n'agit toutefois qu'*a posteriori* et pour l'avenir. L'action en responsabilité présente quant à elle de la faiblesse congénitale de rester sous le contrôle de la majorité qui peut naturellement hésiter à agir contre un administrateur qu'elle a elle-même mis en place. Aussi, plusieurs droits étrangers, parmi lesquels les droits belge et français, accordent aujourd'hui le droit à des actionnaires d'intenter, sous certaines conditions, cette action au nom et pour

¹⁹⁹ Cour d'appel 18 mars 1993, R. n.° 13501, décision par laquelle la cour d'appel s'alligne sur la solution adoptée par les tribunaux belges: Cass. 17 septembre 1968, Pas. I, 1969, 61.

²⁰⁰ Trib. arr. Lux. 21 janvier 1988, R. n.° 37823.

²⁰¹ Cour d'appel 10 juillet 1991, R. n.° 10974, confirmant la décision précitée du tribunal d'arrondissement.

²⁰² Voy. J. MEINIER, "Le nouveau comité de direction des sociétés anonymes: quelles 'directions' choisir?", R.F.S. 2004, n.° 6903, pp. 5 et suiv., n.° 76.

²⁰³ Art. 524bis Code belge des sociétés.

²⁰⁴ Art. II, 36) et 92).

²⁰⁵ Loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier (*Mém. A*, n.° 27, 10 avril 1993, pp. 462 et suiv.), art. 7.

le compte de la société. Tel n'est pas encore le cas en droit luxembourgeois qui retient à ce sujet une position plus classique²⁰⁶.

46. L'impossibilité pour les actionnaires d'une action ut singuli pour fautes de gestion ne prête guère à discussion. Les travaux préparatoires relatifs à l'article 59 alinéa 1^{er} L. 10 août 1915, consacré à l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs, sont éclairants tout aussi bien que les explications dont cette disposition fait l'objet tant de la part du professeur Nyssens, auteur du premier avant-projet de texte de qui devait devenir la loi du 10 août 1915 que du professeur Corbiau, auteur du projet final de cette loi. Ainsi Nyssens rappelle à propos de cette règle, inspirée du texte en vigueur à cette époque en Belgique, que:

"L'action qui peut être intentée contre les administrateurs coupables d'une mauvaise gestion est l'action *mandati*. Il en résulte immédiatement qu'elle n'appartient qu'au mandant, c'est à dire à la société et non pas aux actionnaires pris isolément". (accentuée par nous)²⁰⁷.

Afin de souligner cette caractéristique, Nyssens proposa d'ajouter à la disposition équivalente du droit belge la précision que la responsabilité en question est encourue seulement "*envers la société*" pour bien marquer qu'elle ne pouvait être intentée par un actionnaire ou tout autre tiers. Cette précision ne devait toutefois pas disancer le droit luxembourgeois de la solution en vigueur, à l'époque, en Belgique. Selon la jurisprudence rapportée par Nyssens, les tribunaux belges refusaient, même sans l'ajout proposé, l'action *ut singuli* comme en témoigne un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 25 février 1881 par lequel celle-ci estima que l'action *mandati* "*n'appartient qu'à la (société), dont les intimes tiennent leur mandat, et non pas aussi aux actionnaires individuellement, dont la personnalité est absorbée dans celle de l'être moral*" (cité par Nyssens, o.c.). Reprenant l'avant-projet de Nyssens, Corbiau retint le même texte pour l'art. 59, al. 1^{er} en l'expliquant de la manière suivante:

"Dérivant du mandat, exercée par l'*actio mandati*, cette responsabilité n'existe qu'au regard de la société mandante; elle ne peut donc être invoquée ni par les tiers, sauf exception de l'action indirecte de l'article 1166 du Code, ni par les actionnaires individuellement (...). C'est pour exprimer ce principe dans le texte même de la loi que, à la suite de l'Avant-Projet de M. Nyssens, nous ajoutons au libellé de l'article correspondant de la loi belge les mots '*envers la société*'"²⁰⁸.

L'intention des deux pères de la loi du 10 août 1915 d'aligner le droit luxembourgeois sur la loi belge sur les sociétés commerciales du 18 mai 1873 s'agissant de la responsabilité des administrateurs pour les fautes commises dans la gestion est indiscutable. L'article 59 alinéa 1^{er} de la loi luxembourgeoise n'a subi depuis lors aucune modification de sorte que la solution selon laquelle ladite action en responsabilité demeure exclusivement sociale et ne peut, par conséquent, être enga-

gée par un actionnaire – solution qui faisait l'objet d'un large consensus dans la doctrine et la jurisprudence belge avant que la loi belge ne fut modifiée sur ce point²⁰⁹, – reste vraie au Luxembourg.

47. L'alinéa 2 de l'article 59 de la loi du 10 août 1915, rend les administrateurs solidairement responsables d'une violation de la loi ou des statuts. A la différence de l'al. 1^{er}, la disposition envisage tous les dommages qu'ils soient subis par la société ou bien par un tiers, y compris donc un actionnaire. Il n'en demeure pas moins que seule la société peut se plaindre des préjudices dont elle est elle-même victime. La responsabilité des administrateurs demeure attachée au mandat qui leur a été confié, même si elle se trouve renforcée par la présomption légale de solidarité. Pour les mêmes raisons que celles évoquées ci-dessus, l'action appartient donc exclusivement à la société et doit être décidée par l'assemblée des actionnaires.

Un actionnaire, comme tout autre tiers, ne peut agir qu'en réparation d'un dommage qu'il a subi personnellement et qui demeure distinct de celui éventuellement causé à la société. La distinction entre les actions destinées à réparer les préjudices de la société et ceux subis personnellement par des tiers est profondément ancrée dans la jurisprudence luxembourgeoise. La distinction s'était imposée déjà avant l'adoption de la loi du 10 août 1915 comme en témoigne un jugement du tribunal civil de Luxembourg en date du 10 août 1891²¹⁰ dont les motifs restent pleinement actuels. Plus récemment, par une décision du 10 novembre 2000, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg réaffirme, en effet, sans ambiguïté qu'une action en responsabilité engagée contre des administrateurs par des actionnaires n'est possible qu'à condition que ces derniers démontrent que la faute délictuelle ou quasi délictuelle des administrateurs leur a causé un préjudice personnel indépendant et distinct de celui qui a pu être causé au patrimoine de la société²¹¹. Le commentaire que donna Corbiau de l'article 59 alinéa 2 est également explicite sur ce point:

"Vis-à-vis de la société, cette responsabilité ne peut, encore une fois, être que la responsabilité *ex mandato*, encourue par le mandataire à l'égard du mandant, pour une faute tout particulièrement grave commise par le premier dans l'exercice de son mandat et que, pour ce motif, l'article aggrave du poids de la solidarité"²¹².

48. Les solutions dégagées ci-dessus valent à l'identique pour les actions en responsabilité dirigées contre les administrateurs fondées sur le droit commun de la responsabilité. En effet, l'article 59 de la loi du 10 août 1915 ne constitue qu'une application particulière de la responsabilité contractuelle des administrateurs liée au mandat social qui les unit à la société.

²⁰⁶ Pour une comparaison des solutions voir Tableau, p. 537.

²⁰⁷ *Loi du 10 août 1915 sur le Régime des Sociétés commerciales*, travaux préparatoires et documents parlementaires, 1882-1915, o.c., p. 191.

²⁰⁸ *Des Sociétés commerciales. Avant-Projet de loi élaboré pour le Grand-duché de Luxembourg* par Jean Corbiau, o.c., p. 132.

²⁰⁹ Voy. notamment P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1927, p. 237.

²¹⁰ *Pas. III*, 537.

²¹¹ Trib. arr. Lux. 10 novembre 2000, R. n° 49599, cité in *Recueil sociétés et associations*, o.c., p. 163.

²¹² CORBIAU, o.c., p. 132.

§ 3. Introduction du système dualiste

49. La structure de direction dualiste reposant sur le tandem directoire – conseil de surveillance a trouvé son chemin dans la législation luxembourgeoise à l'occasion des adaptations impliquées par le règlement communautaire 2157/2001 du conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne. L'option en faveur de cette forme de direction se trouve, en effet, inscrite dans ce règlement de sorte que les législateurs des états membres étaient conduits à l'admettre pour ce nouveau type de société.

Le Grand-duché du Luxembourg ne s'est cependant pas contenté de recevoir le modèle dualiste pour les seules sociétés européennes. Il lui a semblé opportun d'en étendre le bénéfice également aux sociétés anonymes non européennes. Depuis la loi du 25 août 2006, celles-ci disposent donc de l'option de réserver les fonctions de direction à un directoire qui agira sous le contrôle d'un conseil de surveillance. Les nouvelles dispositions sont largement inspirées de celles en vigueur depuis quelques années en droit français. Elles n'ont à notre connaissance pas encore été mises concrètement en application.

CONCLUSION GÉNÉRALE

50. Les règles que le code de commerce, dont nous commémorons aujourd'hui le 200^{ème} anniversaire, avait consacrées aux groupements commerciaux n'ont pas résisté longtemps à l'érosion des besoins induits par la société industrielle. Que ce soit en France ou en Belgique, le droit des sociétés s'est épanoui en marge du code, dans des textes spécifiques, pour finir par lui échapper complètement.

Ayant acquis son indépendance législative en 1841, le Grand-duché a dû à son tour développer un droit des sociétés moderne. Ses liens économiques autant que culturels étroits avec la Belgique, l'ont conduit, au début du XX^e siècle, à s'adosser sur le modèle du droit belge qui paraissait le plus apte à répondre aux besoins des groupements créés sur son territoire. Proposée par deux éminents professeurs belges, la première grande loi sur les sociétés, adoptée en août 1915, ne cache pas cette source d'inspiration.

Jusqu'aux premiers grands chocs pétroliers des années 70, le droit des sociétés luxembourgeois a continué à évoluer à l'ombre des modifications législatives, de la jurisprudence et de la doctrine belge. Ainsi, lorsqu'il s'agissait de transposer la première directive européenne, c'est à nouveau un distingué juriconsulte belge qui a été appelé au secours pour préparer l'adaptation nécessaire de la loi du 10 août 1915.

51. L'harmonisation progressive du droit des sociétés en Europe représente, en même temps, un tournant dans cette évolution puisqu'elle a conduit peu à peu le Grand-duché à s'émanciper de l'influence du droit belge.

Comme le relève, à juste titre, le rapport de notre estimé collègue Koen Geens, le droit des sociétés belge s'est distancé, depuis une série d'années, de la conception

contractuelle qui en constituait le fondement pour s'orienter vers une réglementation de plus en plus détaillée et contraignante.

Soucieux de l'attractivité de son environnement juridique pour les investisseurs étrangers, le Luxembourg a préféré à cette direction son approche traditionnellement plus libérale. La liberté contractuelle continue à y marquer les évolutions législatives les plus récentes, même si certains prescrits communautaires tendent à la dévitaliser. Les choix opérés lors de la transposition récente de la directive sur les OPA en fournissent une illustration parente. Cette même liberté fonde le choix laissé aux parties, malgré l'attachement au système des cadres légaux obligatoires, de constituer des sociétés sans personnalité juridique.

52. Hypertrophiant le postulat de la justice démocratique, cette orientation toute sans doute aujourd'hui à ses limites, comme en témoigne de récentes décisions de justice peu favorables aux intérêts de minoritaires. Le gouvernement aussi bien que les milieux professionnels en semblent conscients. En se soumettant volontairement aux nouveaux principes de gouvernement d'entreprise de la Bourse du Luxembourg les sociétés entendent déjà rassurer les marchés. Gageons que le législateur embôtera prochainement le pas.