

COLLECTION DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE
DIRIGÉE PAR FABRICE PICOD

Monographies

La simplification du droit
des sociétés privées dans
les États membres de
l'Union européenne

Simplification of Private
Company Law among the
EU Member States

Édouard-Jean Navez
Yves De Cordt (eds.)

RAPPORT LUXEMBOURGEOIS

Isabelle CORBISIER

*Chargée de cours, Université du Luxembourg
Professeur invité, HEC-Ulg, Liège
Of Counsel, Philippe & Partners Law Office*

INTRODUCTION

1. Droit luxembourgeois et droit belge. Le droit des sociétés luxembourgeois (loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales telle que modifiée par la suite, désignée *infra* par l'abréviation « L. 10 août 1915 ») fut au départ étroitement inspiré du droit belge (1). On notera toutefois que le droit applicable aux SARL (sociétés à responsabilité limitée) échappa dès le départ à cette étroite parenté car cette forme de société fut intégrée au droit luxembourgeois avant que ce ne fût le cas en Belgique (2).

Par ailleurs, l'influence du droit européen (directives d'harmonisation) sur le droit luxembourgeois s'est avérée paradoxale quant à sa parenté avec le droit belge. En effet, le législateur luxembourgeois a toujours eu à cœur d'adopter, entre les options ouvertes par les directives européennes, les orientations les plus libérales, et ce, contrairement à la politique législative poursuivie en Belgique où un souci de protection des intérêts catégoriels (spécialement ceux des créanciers

(1) Pour un rappel de l'évolution historique du droit luxembourgeois des sociétés, cons. I. CORBISIER, *Le droit des sociétés commerciales au Grand-Duché de Luxembourg, comparé aux droits belge et français*, Bruxelles, Bruylant, 2000 (chapitre introductif); I. CORBISIER et A. PRUM, « Le droit luxembourgeois des sociétés : une conception contractuelle et une personnalité morale non obligatoire », in *TBH – Tweehonderd jaar Wetboek van koophandel – Bicentenaire du Code de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 139 et s.; I. CORBISIER, « La réforme du droit luxembourgeois des sociétés », *Rev. prat. soc.*, 2009, n° 6985, pp. 271 et s.

(2) Celle-ci fut introduite en 1933 au Luxembourg (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.* n° 48, 2 octobre 1933, p. 749). En Belgique, la SPRL fut introduite en 1935 (loi du 9 juillet 1935 : voy. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis – Droit européen – Droit belge*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 373).

et des associés minoritaires) a abouti à des transpositions d'orientation moins libérale. L'harmonisation européenne a donc eu le résultat paradoxal d'éloigner petit à petit le droit luxembourgeois du droit belge(3).

Enfin, on notera que le droit luxembourgeois a hérité du droit belge, d'une part, une théorie de libre constitution (naissance de la personnalité juridique dès la conclusion du contrat de société) aujourd'hui abandonnée en Belgique(4) et, d'autre part, l'adhésion, avec quelques nuances, à la théorie du siège réel s'agissant du facteur de rattachement d'une société au droit luxembourgeois des sociétés(5).

2. Modernisation et simplification. La modernisation du droit luxembourgeois a été initiée au milieu des années 90, soit avant que la jurisprudence européenne centrée sur l'exercice par les sociétés de leur liberté d'établissement(6) ne commence à exercer son influence sur la politique juridique sociétaire poursuivie par les législateurs des États membres. Par conséquent, la *modernisation*, plus que la *simplification*, constitue l'objectif essentiel du projet de loi qui a été déposé en 2007

(3) Pour cette observation : A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, Luxembourg, Éditions Saint-Paul, 2006, n° 14.

(4) En Belgique aussi, la personnalité morale naissait de la conclusion du contrat de société mais cette conception a été, à la suite de la loi du 13 avril 1995, délaissée en faveur de l'adoption d'une conception dite « formaliste » (la personnalité morale naissant de l'accomplissement d'une formalité, en l'occurrence le dépôt des actes au greffe du tribunal de commerce du siège de la société : art. 2, § 4, Code belge des sociétés) à vrai dire largement pratiquée en droit comparé. Pour plus de détails sur l'application de la théorie de la libre constitution et son encadrement légaliste en droit luxembourgeois, voy. I. CORBISIER, « La réforme du droit luxembourgeois des sociétés », *op. cit.*, n° 8.1 et 8.2.

(5) Voy. art. 159, al. 1^{er} et 2 L. 10 août 1915 (loi du 25 août 2006) : « Toute société dont l'administration centrale est située au Grand-Duché, est soumise à la loi luxembourgeoise, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger.

Lorsqu'une société a son domicile au Grand-Duché de Luxembourg, elle est de nationalité luxembourgeoise et la loi luxembourgeoise lui est pleinement appliquée [...].

La notion de « domicile » d'une société est définie à l'article 2, al. 3 L. 10 août 1915 : « 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 ». On remarquera donc que le législateur luxembourgeois présume, de manière réfragable, que le siège réel coïncide avec le siège statutaire. Par ailleurs, l'article 64bis, § 3 L. 10 août 1915 dispose que les réunions d'un conseil d'administration d'une société anonyme tenues par le recours aux techniques modernes de communication (les administrateurs étant donc physiquement absents du Luxembourg) sont réputées se dérouler au siège (statutaire) de la société.

Pour plus de détails et notamment sur la tendance de la pratique à percevoir la notion d'« administration centrale » comme un simple lieu de centralisation des documents sociétaires, voy. I. CORBISIER, « La réforme du droit luxembourgeois des sociétés », *op. cit.*, n° 9.1.1 et 9.1.2.

(6) Il s'agit de la jurisprudence suivante, étudiée dans un autre rapport : *Daily Mail* (27 septembre 1988, C-81/87, *Rec.*, 1988, p. I-05483) ; *Centros* (9 mars 1999, C-212/97, *Rec.*, 1999, p. I-01459) ; *Überseering* (5 novembre 2002, C-208/00, *Rec.*, 2002, p. I-09919) ; *Inspire Art* (30 septembre 2003, C-167/01, *Rec.*, 2003, p. I-10155) ; *Sevic Systems* (13 décembre 2005, C-411/03, *Rec.*, 2005, p. I-10805) ; *Cartesio* (16 décembre 2008, C-210/06, *Rec.*, 2008, p. I-09641) ; *Vale Epítési kft* (12 juillet 2011, C-378/10, non encore publié au *Recueil*).

et qui est actuellement toujours à l'examen (*infra*, n° 4), le projet tend à renforcer les règles capitalistiques qui leur sont applicables actuellement – contrairement au droit belge.

La simplification du droit luxembourgeois n'est pas particulièrement mise en avant, et que le droit luxembourgeois des sociétés est libéral (9). Toutefois, le droit luxembourgeois

(7) Projet de loi n° 5730 portant modernisation des sociétés commerciales, *Doc. parl.*, Ch. de 2007. Ce projet, de même que tous les travaux parlementaires, est accessible sur le site de la Chambre des députés : www.chd.lu puis sur l'onglet « Archives » et, finalement, intégrer la recherche qui s'affichera.

On notera toutefois les dispositions du projet de loi de 2007 qui simplifient, inspirée du droit français : la forme de la SA démarque considérablement – de la SA déjà caractérisée par un régime assez strict.

(8) Cons. X., « La réforme de la SARL à la JurisNews, vol. 2, n° 4/2009, pp. 61-64 ; X., « La 5730 (Partie II) », *JurisNews*, vol. 2, n° 5/2009, pp. 65-68.

(9) Ainsi, une étude publiée par la Commission de la société européenne (SE), régie par le règlement 2001 relatif au statut de la société européenne consolidée : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ?uri=OJ:CE:2001:0101:FR:PDF&f=1&format=PDF&language=fr> et, subsidiairement mais pour les sociétés anonymes de l'État du siège statutaire luxembourgeois figure parmi ceux offrant le statut de la SE, *Staff working document accompanying the European Parliament and the Council on the Statute for a European Company of 8 October 2001 on the Statute for a European Company*, SEC(2010) 1391 final, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ?uri=OJ:CE:2010:1391:FR:PDF&f=1&format=PDF&language=fr> et the United Kingdom have the most flexible Member States ».

En ce qui concerne le droit luxembourgeois, son statut n'a pratiquement pas changé depuis la transposition de la première directive CEE du 9 mars 1968, abrogée et remplacée en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ?uri=OJ:CE:1968:009:FR:PDF&f=1&format=PDF&language=fr> pour la SA depuis 2006 : art. 23 (1), al. 3 pour la SA anonyme unipersonnelle au Grand-Duché. Par conséquent, la protection des titulaires qui doit être intégralement souscrit et déclaré au moment de la constitution de la société (art. 183, al. 1) et des fondateurs inspiré de celui appliquant les dispositions de nature comptable (art. 184, al. 1) ayant trait à la répétition des dividendes acquis.

et qui est actuellement toujours à l'examen (7) (8). Pour les SARL (voy. *infra*, n° 4), le projet tend à renforcer plutôt qu'à alléger les exigences capitalistiques qui leur sont applicables (sachant que ces exigences sont actuellement – contrairement au droit belge – très peu développées).

La simplification du droit luxembourgeois n'apparaît quant à elle pas particulièrement mise en avant, essentiellement sans doute parce que le droit luxembourgeois des sociétés est déjà particulièrement libéral (9). Toutefois, le droit luxembourgeois a bien sûr emboité le pas

(7) Projet de loi n° 5730 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, *Doc. part.*, Ch. députés, sess. ord. 2006-2007, déposé le 8 juin 2007. Ce projet, de même que tous les travaux parlementaires y afférents, peut être consulté sur le site de la Chambre des députés : www.chd.lu (cliquez sur l'onglet « Travail à la Chambre » puis sur l'onglet « Archives » et, finalement, introduire le numéro du projet dans la boîte de recherche qui s'affichera).

On notera toutefois les dispositions du projet 5730 visant à introduire une SAS (société par actions simplifiée, inspirée du droit français : voy. les articles L227-1 à L227-20 du Code de commerce français) en droit luxembourgeois (art. II, 61 du projet) dont il n'est cependant pas certain qu'elle se démarque considérablement – du moins comparée à son homologue française – de la SA déjà caractérisée par un régime assez libéral.

(8) Cons. X., « La réforme de la SARL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie I) », *JurisNews*, vol. 2, n° 4/2009, pp. 61-64 ; X., « La réforme de la SARL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie II) », *JurisNews*, vol. 2, n° 5/2009, pp. 65-68.

(9) Ainsi, une étude publiée par la Commission européenne à propos de l'usage du statut de la société européenne (SE, régie par le règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne – *J.O.*, n° L 294/1, 10 novembre 2001, version consolidée : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R2157:2007_0101:FR:PDF – et, subsidiairement mais pour une large part par le droit national applicable aux sociétés anonymes de l'État du siège statutaire de la SE) met en évidence que le droit luxembourgeois figure parmi ceux offrant le statut le plus flexible pour la SE (cons. EUROPEAN COMMISSION, *Staff working document accompanying document to the Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of Council Regulation 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European Company (SE)*, Bruxelles, 17 novembre 2010, SEC(2010) 1891 final, en ligne : http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/se/report112010/sec2010_1891_en.pdf, spéc. p. 6) : « The analysis indicates that Luxembourg, Italy and the United Kingdom have the most flexible rules for SEs and Cyprus, Germany, Portugal, Sweden, France and the Czech Republic have the least flexible rules compared to the other Member States ».

En ce qui concerne le droit luxembourgeois applicable à la SARL, il convient de relever que son statut n'a pratiquement pas changé depuis son adoption en 1933 hormis les mesures de transposition de la première directive européenne en matière de sociétés (directive 68/151/CEE du 9 mars 1968, abrogée et remplacée par la directive 2009/101/CE du 16 septembre 2009, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2009L0101:20120706:fr:PDF>) et l'adoption d'une forme unipersonnelle (forme unipersonnelle également disponible pour la SA depuis 2006 : art. 23 (1), al. 3 L. 10 août 1915 ; voy. aussi I. CORBISIER, « La société anonyme unipersonnelle au Grand-Duché de Luxembourg », *D.A./O.R.*, n° 85, mars 2008, pp. 3 et s.). Par conséquent, la protection des tiers et de son capital y apparaissent minimales : capital minimum de 12.394,68 EUR (venant de 500.000 francs luxembourgeois, art. 182 L. 10 août 1915) qui doit être intégralement souscrit et dont les parts doivent être intégralement libérées dès la constitution de la société (art. 183, al. 1^{er}, 2^e et 3^e L. 10 août 1915) ; régime de responsabilité des fondateurs inspiré de celui appliqué aux sociétés anonymes (art. 183, al. 2 et 3) et quelques dispositions de nature comptable (art. 197 et 201 L. 10 août 1915, la dernière disposition citée ayant trait à la répétition des dividendes ne correspondant pas à des bénéfices réellement acquis).

du législateur européen et de sa simplification des diverses directives déjà existantes. On songe bien sûr et notamment à la simplification de la seconde directive européenne relative au capital des sociétés anonymes et aux modifications des directives européennes en matière de fusion et scission dont la transposition a, conformément à la logique signalée ci-dessus, abouti à l'adoption de solutions plus libérales au Luxembourg qu'en Belgique (10). Par ailleurs, le législateur luxembourgeois se montre particulièrement soucieux d'éviter que son droit des sociétés anonymes ne se trouve « contaminé » par des dispositions développées pour les sociétés cotées en telle sorte que ces dispositions doivent être recherchées dans des lois distinctes de la loi « cadre » du 10 août 1915 (11).

Quant à la société coopérative (art. 113 à 137-10 L. 10 août 1915), l'état de son droit au Luxembourg correspond largement à celui du droit belge avant la loi du 20 juillet 1981 (cette dernière ayant largement « importé » pour les coopératives à responsabilité limitée le régime de protection des tiers et du capital mis en œuvre dans le cadre des SPRL). Ainsi, par exemple, une société coopérative luxembourgeoise optant pour un régime de responsabilité limitée continue à fixer librement son capital minimum (art. 115, 4^e; 116, 6^e et 117, 6^e L. 10 août 1915). À noter qu'en 1999, le Luxembourg a introduit une forme hybride de coopérative (voy. art. 137-1 à 137-10 L. 10 août 1915), empruntant certains traits au droit de la société anonyme, à savoir la société coopérative organisée comme une société anonyme, laquelle est destinée à procurer une forme sociétariale à l'organisation de fonds de pension.

(10) Loi du 10 juin 2008 relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, à la simplification des modalités de constitution des sociétés anonymes et de maintien et de modification de leur capital, portant transposition :

- de la directive 2005/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux ;
- de la directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la directive 77/01/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital ;
- de la directive 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui est de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes, ainsi que modification
- de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, et
- du Code du travail.

À propos de la simplification de la seconde directive (par la directive 2006/68/CE) et pour une comparaison systématique des solutions retenues par les législateurs luxembourgeois et belge dans leur transposition de cette directive, cons. I. CORBISIER et D. BURBI, « Les opérations sur capital dans une société anonyme à la suite de la loi du 10 juin 2009 : regards croisés de l'administrateur et du réviseur d'entreprises agréé », *Dossiers du JTL*, n° 1, 2011.

(11) On évoquera spécialement la loi du 24 mai 2011 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires aux assemblées générales de sociétés cotées et portant transposition de la directive 2007/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 concernant l'exercice de certains droits des actionnaires de sociétés cotées (Mém. A, n° 109, 27 mai 2011, pp. 1708). Sur cette loi, cons. I. CHARLIER, « Le renforcement des droits des actionnaires de sociétés cotées : loi du 24 mai 2011 », *JurisNews*, vol. 6/2011, pp. 151-154. On notera par ailleurs que l'obligation qu'ont les sociétés cotées de se doter d'un comité d'audit (à la suite de la transposition de la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés et modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, et abrogeant la directive 84/233/CEE du Conseil, J.O., n° L 157, 9 juin 2006, p. 87, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:157:0087:0107:FR:PDF>) ne découle pas de la loi du 10 août 1915 mais de l'article 74

En outre il importe de signaler la loi du 16 juillet 2013 (12), qui introduit une forme dite *dénuee de la personnalité* de la personne physique parallèlement à la forme actuelle de la personne morale. Ce projet modernise les règles applicables aux deux formes de sociétés et apporte des modifications au régime de la société anonyme. L'introduction de cette réforme dans le droit luxembourgeois, souci de faciliter pour les investisseurs un instrument juridique inspiré de la pratique anglaise qui peut ne pas être tout à fait adapté au contexte luxembourgeois.

3. Contenu du rapport. Il s'agit de dresser un état des lieux sur le droit des sociétés « luxembourgeois ». Dans ce champ d'investigation l'étude de la loi luxembourgeoise sera confrontée à d'autres législations, en particulier celles de l'Union européenne et de la Belgique. Des considérations liminaires formuleront les bases de l'analyse.

de la loi du 18 décembre 2009 relative à la simplification des sociétés cotées (13), pp. 206 et s. (voy. Y. PAYEN, « La refonte de la législation luxembourgeoise sur les sociétés cotées en 2009 », *JurisNews*, vol. 4, n° 3/2011, pp. 189-196). Ces modifications sont introduites par la loi du 18 décembre 2009, qui modifie la loi du 10 août 1915 en ce qui concerne la règle selon laquelle les sociétés cotées sont tenues d'entreposer dans le cadre de leur rapport annuel les documents suivants : les rapports du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2009, les rapports annuels de la CEE concernant les comptes annuels de la CEE, les rapports annuels de la CEE concernant les comptes consolidés, les rapports annuels des banques et autres établissements financiers, les rapports annuels et les comptes consolidés des sociétés cotées en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:328:0001:0022:FR:PDF>. Ces modifications résultent de l'article 1^{er}, 22 (introduit par la loi du 18 décembre 2009) et concernent le registre de commerce et les rapports annuels des entreprises) de la loi du 10 juillet 2010 sur les comptes consolidés internationaux pour les entreprises cotées en ligne : <http://www.legilux.public.lu/leg/JurisNews/vol.4/n°3/2011>, pp. 189-196.

(12) Loi du 12 juillet 2013 relative à la simplification des sociétés cotées (14), Mém. A-119 du 16 juillet 2013, p. 1856, d'après laquelle les sociétés cotées peuvent être créées sans commandité simple et commandité mixte (cons. D. BOONE & A. TROTSKA, « Le renouveau de la commandité : comment la Belgique a suivi l'Europe », *JurisNews*, vol. 6, n° 1-2/2013, pp. 1-22). La loi du 12 juillet 2013 modifie la loi du 10 août 1915 en ce qui concerne la règle selon laquelle les sociétés cotées doivent établir un rapport annuel et un rapport consolidé. La loi du 12 juillet 2013 modifie également la loi du 10 juillet 2010 sur les comptes consolidés internationaux pour les entreprises cotées en ligne : <http://www.legilux.public.lu/leg/JurisNews/vol.6/n°1-2/2013>, pp. 1-22. La loi du 12 juillet 2013 modifie également la loi du 10 juillet 2010 sur les comptes consolidés internationaux pour les entreprises cotées en ligne : <http://www.legilux.public.lu/leg/JurisNews/vol.6/n°1-2/2013>, pp. 1-22.

(13) Voy. l'art. 188 du projet 647/2013, *JurisNews*, vol. 6, n° 1-2/2013, pp. 1-22.

(14) Pour la société en commandité simple, cons. I. CHARLIER, « Le renouveau de la commandité : comment la Belgique a suivi l'Europe », *JurisNews*, vol. 6, n° 1-2/2013, pp. 1-22.

(15) Voy. les art. 189 et 190 du rapport.

En outre il importe de signaler l'importante loi du 12 juillet 2013(12), qui introduit une forme « spéciale » de société en commandite dénuée de la personnalité juridique(13) qui existe désormais parallèlement à la forme actuelle de commandite dotée de la personnalité juridique. Ce projet modernise et aligne très largement les régimes applicables aux deux formes de commandites(14) et introduit quelques modifications au régime de la société en commandite par actions(15). L'introduction de cette réforme a été ardemment souhaitée par la pratique luxembourgeoise, soucieuse de mettre à la disposition des investisseurs un instrument juridique comparable à la *limited partnership* anglaise qui peut ne pas être dotée de la personnalité juridique.

3. Contenu du rapport. Il nous est demandé de nous concentrer sur le droit des sociétés « privées », ce qui exclut donc de notre champ d'investigation l'étude des sociétés anonymes (en dehors des considérations liminaires formulées ci-dessus). Néanmoins, toutes les

de la loi du 18 décembre 2009 relative à la profession de l'audit, *Mém. A*, n° 22, 19 février 2010, pp. 295 et s. (voy. Y. PATEY, « La refonte des professions de l'audit – Panorama des changements introduits par la loi du 18 décembre 2009 », *JurisNews*, vol. 3, n° 3/2010, pp. 97-100). Enfin, la règle selon laquelle les sociétés cotées sont tenues d'insérer une déclaration de gouvernement d'entreprise dans le cadre de leur rapport de gestion (transposition de la directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance, *J.O.*, n° L 224, 16 août 2006, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:224:0001:0007:FR:PDF>) résulte de l'article 1^{er}, 22 (introduisant un art. 68bis dans la loi du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises) de la loi du 10 décembre 2010 relative à l'introduction des normes comptables internationales pour les entreprises et modifiant diverses autres législations, en ligne : <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2010/0225/a225.pdf> (voy. V. MACCHI, « La loi du 10 décembre 2010 ou la modernisation incomplète du droit comptable luxembourgeois », *JurisNews*, vol. 4, n° 3/2011, pp. 139-142).

(12) Loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs, *Mém. A-119* du 15 juillet 2013, p. 1855, doc. parl. n° 6471. Voy. à son sujet : D. BOONE & A. TROTSKA, « Le renouveau de la commandite : commandite simple et commandite spéciale », *JurisNews*, vol. 5, n° 8/2012, pp. 199-202 ; D. BOONE & A. TROTSKA, « Le renouveau de la commandite : commandite simple et commandite spéciale », *JurisNews*, vol. 4, n° 10/2012, pp. 207-210 ; D. BOONE & A. TROTSKA, « Le renouveau de la commandite : commandite simple et commandite spéciale », *JurisNews*, vol. 6, n° 1-2/2013, pp. 211-218 ; Ch. BEERNAERTS & E. GIRAUT, « Private equity : activité commercial ou gestion de patrimoine ? », *JurisNews* – Droit fiscal, vol. 2, n° 1/2013, pp. 21-24 ; Ch. BOYER, I. CORBISIER, G. DUSEMON, P. MISCHO, K. PANICHI, Th. PARTSCH, C. POGORZELSKI, P. SCHLEIMER, L. SCHUMMER & A. STEICHEN, *Les commandites en droit luxembourgeois*, Bruxelles, Larclier, 2013 ; I. CORBISIER, « La société en commandite spéciale : finalités et caractéristiques », *J.T.L.*, 2013, pp. 117-126.

(13) Voy. l'art. 188 du projet 6471 introduisant des art. 22-1 à 22-9 dans la L. 10 août 1915.

(14) Pour la société en commandite simple, voy. l'art. 188 du projet 6471 réformant les art. 16 à 22 L. 10 août 1915.

(15) Voy. les art. 189 et 190 du projet 6471 réformant les art. 107 et 108 L. 10 août 1915.

autres sociétés « fermées » nous semblent *a priori* visées, c'est-à-dire et notamment les SARL mais aussi les diverses formes de sociétés en commandite (simple et par actions). Nous aborderons donc successivement les SARL et les commandites qui ont effectivement retenu une certaine attention en termes de modernisation/simplification au cours des dernières années.

I – MODERNISATION/SIMPLIFICATION CONCERNANT LES SOCIÉTÉS À RESPONSABILITÉ LIMITÉE (SARL) (16)

4. Le projet 5730 (précité) déposé en 2007 ne modifie pas le montant du capital minimum de la SARL, lequel demeure par conséquent fixé à 12.394,68 EUR (17). Il introduit toutefois une réforme assez profonde du régime des SARL portant essentiellement sur leur structuration organisationnelle et sur l'élargissement des possibilités de leur financement, rapprochant ainsi leur statut de celui de la SA (18). Une telle réforme est en effet nécessaire car le vide juridique caractérisant actuellement le statut de la SARL dans une certaine mesure (19) – pensée

(16) Rappelons par ailleurs que le projet 5730 (précité) entend introduire une SAS (société par actions simplifiée) sur le modèle du droit français (*supra*, n° 2 en note), la SAS étant appelée à être, comme en France (art. L227-1, al. 3 du Code de commerce français) subsidiairement régie par le droit applicable à la société anonyme (art. II, 61, du projet 5730 introduisant un art. 101-18, al. 3 dans la L. 10 août 1915). Nous ne nous y attarderons pas davantage dans le cadre d'un rapport centré sur les sociétés *privées* même si, comme son homologue française (art. L227-2 du Code de commerce français), la SAS luxembourgeoise ne sera pas autorisée à procéder à une émission publique d'actions (art. II, 61 du projet 5730 introduisant un art. 101-19 dans la L. 10 août 1915).

(17) Ce montant résulte d'une conversion mécanique du franc luxembourgeois à l'euro. Par un amendement au projet la Commission juridique (amendements adoptés par la Commission juridique, 7 mai 2009, *Doc. parl.*, Ch. députés, n° 5730/3, sess. ord. 2008-2009, 28 mai 2009, pp. 19 et 56) propose toutefois de ramener celui-ci au chiffre rond de 12.000 EUR. Il est néanmoins probable que cette exigence d'un capital minimum dans la SARL disparaîsse dans les années qui viennent.

(18) En ce sens : X., « La réforme de la SàRL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie I) », *JurisNews*, vol. 2, n° 4/2009, pp. 61-64 et spéc. p. 61. Pour un relevé synthétique des diverses modifications proposées, voy. Projet de loi n° 5730 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Exposé des motifs, pp. 41-42.

(19) L'explication donnée au peu d'empressement manifesté jusqu'ici par le législateur à adapter le statut de la SARL est la suivante : « Celle-ci (la SARL, n.d.r.) en effet a toujours été le "parent pauvre" des différentes réformes du droit des sociétés qui se sont succédé. La raison de ce délaissement en est bien connue : elle résulte des directives européennes. En effet, les directives "sociétés", telles que transposées au Luxembourg ont expressément cantonné leur champ d'application personnel aux SA en laissant de côté les SARL. La raison de cette mise à l'écart était expressément justifiée au motif que les SA exerçaient un rôle prédominant dans les économies des États membres et avaient un rayonnement international. Or, par un curieux clin d'œil de l'histoire, et pour des raisons variées, il est un fait que les SARL ont progressivement servi massivement dans le cadre de structurations internationales complexes, mettant en jeu des intérêts financiers considérables, faisant de la SARL un instrument irridionné utilisé à des

au départ essentiellement pour les somali avec le recours important fait à des tisseurs sophistiqués entendant tirer la SARL par rapport à la SA (21).

4.1. Réforme organisation

- la suppression du nombre fixé à 40, art. 181 L. 10 août 1915);
 - la modification du régime ap de parts non agréée dans une SARL, tation n'aboutisse éventuellement à l modifications proposées pour l'art.
 - l'obligation de nommer un gérant de la société est une person auparavant pour la SA (art. 191 L. 1)
 - en cas de pluralité de g collège, ainsi que c'est (obligatoire nistration d'une SA. Le projet de l lesquelles pourront être prises des par utilisation des techniques mo journalière pourra en outre être pourra être créé sur le modèle (art. 191bis L. 10 août 1915);

fins très éloignées de celles de la société instituée en 1933 » (X., « La réforme de la JurisNews, vol. 2, n° 5/2009, pp. 65-68 et sp.

(20) X. « La réforme de la SARL à la fin du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales dans la mesure où la plupart de ces dispositions ont été édictées le 18 septembre 1933 (telle qu'intégrée dans la loi du 1er juillet 1934) ont fait long feu dans une large mesure ».

(21) Au titre des raisons du recours à de vue du droit fiscal, la possibilité de bénéficiant du régime des sociétés opératoires (cf. A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, tant du point de vue de son capital révisoraux en cas d'apports en nature, la qui préserve les associés du risque d'intrusion de la SARL à la lumière du projet de loi de la Chambre de commerce, 12 février 2009, 17 mars 2009, p. 5 : « Naguère sur l'artisanat, la SARL connaît un succès grandissant et retrouvent en elle des attraits naissants,

au départ essentiellement pour les sociétés de famille (20) – se concilie mal avec le recours important fait à cette forme juridique par des investisseurs sophistiqués entendant tirer parti des avantages que présente la SARL par rapport à la SA (21).

4.1. Réforme organisationnelle de la SARL. Au titre des réformes relevant de cette catégorie, on relèvera essentiellement :

- la suppression du nombre maximal d'associés (actuellement fixé à 40, art. 181 L. 10 août 1915) ;
- la modification du régime applicable à l'hypothèse d'une cession de parts non agréée dans une SARL, de manière à éviter que cette situation n'aboutisse éventuellement à la dissolution de la société (voy. les modifications proposées pour l'art. 189 L. 10 août 1915) ;
- l'obligation de nommer un représentant permanent lorsque le gérant de la société est une personne morale, obligation déjà instaurée auparavant pour la SA (art. 191 L. 10 août 1915) ;
- en cas de pluralité de gérants, ceux-ci *pourront* former un collège, ainsi que c'est (obligatoirement) le cas pour le conseil d'administration d'une SA. Le projet de loi fixe également les conditions dans lesquelles pourront être prises des résolutions par la voie circulaire ou par utilisation des techniques modernes de communication. La gestion journalière pourra en outre être organisée ou un comité de direction pourra être créé sur le modèle prévu par le projet 5730 pour la SA (art. 191bis L. 10 août 1915) ;

fins très éloignées de celles de la société familiale de type fermé pour laquelle elle avait été instituée en 1933 » (X., « La réforme de la SARL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie II) », *JurisNews*, vol. 2, n° 5/2009, pp. 65-68 et spéc. p. 65).

(20) X. « La réforme de la SARL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie I) », *op. cit.*, p. 61 : « Nul n'ignore que le régime juridique de la Sàrl, tel que posé par les articles 179 à 202 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales [...], est particulièrement lacunaire et archaïque, dans la mesure où la plupart de ces dispositions émanent de la loi fondatrice de la Sàrl du 18 septembre 1933 (telle qu'intégrée dans la LSC) et d'une conception "familiale" de la Sàrl qui a fait long feu dans une large mesure ».

(21) Au titre des raisons du recours à la SARL plutôt qu'à la SA, « (o)n peut citer, du point de vue du droit fiscal, la possibilité de bénéficier de l'option *check the box* permettant à la Sàrl, d'après le droit américain, d'être traitée comme une société de personnes transparente, tout en bénéficiant du régime des sociétés opaques sur le plan du droit fiscal luxembourgeois et communautaire (*cf.* A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, Luxembourg, 2006, n° 639, p. 563). Du point de vue du droit des sociétés, on peut faire mention du coût réduit de cette forme de société, tant du point de vue de son capital social que de l'exemption du recours aux rapports révisoraux en cas d'apports en nature, la flexibilité inhérente à la Sàrl et son caractère fermé qui préserve les associés du risque d'intrusion d'associés futurs indésirables » (X., « La réforme de la SARL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie II) », *op. cit.*, p. 65). Voy. également Avis de la Chambre de commerce, 12 février 2009, *Doc. parl.*, Ch. députés, n° 5730/2, sess. ord. 2008-2009, 17 mars 2009, p. 5 : « Naguère surtout utilisée par les petites et moyennes entreprises et l'artisanat, la SARL connaît un succès grandissant auprès des grands groupes de sociétés, qui retrouvent en elle des attraits naissants, notamment en matière de rentabilité fiscale ».

- la validité des conventions de vote est consacrée aux conditions fixées à l'article 195bis L. 10 août 1915 ;
- l'assemblée générale fait l'objet de règles permettant d'en faciliter la tenue : usage des techniques modernes de communication, vote par correspondance et possibilité de limiter la puissance votale, dérogant ainsi au sacro-saint principe « une part, une voix » (art. 196 L. 10 août 1915) (22) ;
- en présence d'un associé unique, l'article 200-2 L. 10 août 1915 prévoit désormais que l'associé peut déléguer les pouvoirs qui lui sont attribués dans le cadre de cette disposition, et ce, contrairement aux droits belge et français ;
- introduction des techniques d'exclusion-retrait d'associés pour juste motif largement calquées sur le modèle belge (art. 201bis et 201ter L. 10 août 1915), « prenant acte de ce que la pratique belge a démontré l'utilité de ces modes de règlement des conflits entre associés permettant d'éviter d'avoir à recourir à la solution extrême de la dissolution pour juste motif prévue à l'article 1871 du Code civil » (23) (24).

4.2. Réforme du financement de la SARL. On relèvera principalement :

- l'introduction d'un régime supplétif concernant les parts d'associés détenues en usufruit qui concerne notamment la SARL (art. 1852bis du Code civil) ;
- l'introduction de dispositions permettant l'émission publique ou privée d'obligations et permettant, sous condition d'un agrément préalable, l'émission d'obligations convertibles (art. 11ter et 188 L. 10 août 1915) ;
- la consécration de la possibilité d'émettre des parts bénéficiaires hors capital (contrairement au droit belge) et de procéder à l'émission de parts privilégiées sans droit de vote selon un régime plus libéral que celui qui s'applique à la SA (art. 182 et 182bis L. 10 août 1915) (25) ;

(22) Par ailleurs, l'article 193 L. 10 août 1915 est modifié pour prévoir qu'une telle assemblée est obligatoire en cas de modification des statuts même si l'on se trouve dans le cadre d'une SARL où, en vertu de cet article, la tenue d'assemblées générales n'est normalement pas obligatoire (lorsque le nombre d'associés est inférieur ou égal à 25).

(23) Exposé des motifs, *op. cit.*, p. 42.

(24) Sur ces diverses réformes, voy. généralement X., « La réforme de la SARL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie I) », *op. cit.*, pp. 61-63.

(25) Voy. X., « La réforme de la SARL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie II) », *op. cit.*, p. 66, soulignant les différences de régimes entre la SA et la SARL pour l'émission de parts privilégiées sans droit de vote :

« - si s'agissant des SA, les actions privilégiées sans droit de vote ne peuvent excéder la moitié du capital social, une telle limitation n'est pas envisagée en ce qui concerne les Sarl ;

- l'admissibilité de l'apport en industrie en tant que pouvant donner lieu à l'émission de parts sociales selon un régime inspiré du droit français (art. 183 (3) L. 10 août 1915) ;
- un contrôle (révisoral) des apports en nature – jusqu'alors totalement inexistant – est instauré dans les conditions précisées à l'article 184, §§ (2) et (3) L. 10 août 1915⁽²⁶⁾ ;
- l'introduction d'un régime pour le rachat de parts propres : voy. les articles 190bis à 190quinquies L. 10 août 1915. En outre, une disposition vise spécifiquement le rachat de parts sans droit de vote (art. 190sexies L. 10 août 1915) ;
- l'introduction d'une réglementation relative à l'acquisition de ses propres parts par un tiers (assistance financière : art. 190septies L. 10 août 1915) et à la prise en gage par la SARL de ses propres parts (art. 190octies).

On notera toutefois que, s'agissant des deux derniers points cités, le projet devra être actualisé afin de tenir compte de l'assouplissement ultérieur de ces règles pour la SA, en raison de la transposition de la seconde directive simplifiée (voy. *supra*, n° 2)⁽²⁷⁾ ;

- les statuts pourront aménager le principe supplétif selon lequel le dividende privilégié doit correspondre à un pourcentage de la valeur nominale des parts sociales à fixer au moment de l'émission. Ainsi, il semble possible que les bénéfices distribuables par préférence puissent l'être selon un calcul forfaitaire et non proportionnel ;

- les statuts peuvent autoriser l'organe de gestion à déterminer le nombre maximum de parts à convertir et à fixer les conditions de conversion ».

(26) Cette initiative est saluée par l'Institut des réviseurs d'entreprises (Avis de l'Institut des réviseurs d'entreprises, 3 mars 2008, *Doc. parl.*, Ch. députés, n° 5730/1, sess. ord., 2007-2008, 20 mars 2008, p. 4) : « L'IRE salue cette disposition qui, dans ce cas précis, met sur un pied d'égalité les deux formes de société, société à responsabilité limitée et société anonyme, alors même que ces sociétés peuvent avoir une envergure identique et le même type d'activités au Luxembourg ».

(27) Voy. dans ce sens, en ce qui concerne plus spécifiquement l'assistance financière : X, « La réforme de la SARL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie II) », *op. cit.*, p. 67 : « Le Projet de loi étend expressément l'encadrement de l'assistance financière à la Sàrl. Les articles 190septies et 190octies du Projet de loi reprennent les dispositions applicables à la SA tels que figurant aux Articles 49-6 et 49-7 LSC. Par ailleurs, l'Article 168, § 3, du Projet de loi, étend aux gérants de Sàrl la responsabilité pénale qui leur incombe en cas de violation des Articles 190septies et 190octies précités. On notera cependant que les articles 190septies et 190octies du Projet de loi sont déjà en retard d'une guerre. En effet, le projet de loi 5829 – devenu depuis lors la loi du 10 juin 2009 : voy. *supra*, n° 2, n.d.l.r. – relatif aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, déposé le 11 janvier 2008, comprend une réforme très sensible des Articles 49-6 et 49-7 LSC applicables aux SA, ayant pour effet de libéraliser le régime de l'assistance financière et de mettre, en un mot, les administrateurs face à leurs responsabilités. Par conséquent, sur ce point, la Sàrl se voit dotée de règles plus restrictives que la SA (dans le cadre du projet de loi 5829). C'est en soi paradoxalement, dans la mesure où la Sàrl a toujours fait figure de cadre sociétaire peu encadré, en particulier dans le cadre de la pratique *para legem* qui s'est développée à son sujet ».

- un régime relatif à la modification des droits respectifs des diverses catégories de parts sociales ou bénéficiaires est instauré à l'article 196bis L. 10 août 1915 (28).

4.3. Appréciation critique. Même si le Conseil d'État a généralement mal accueilli les dispositions du projet 5730 relatives à la SARL, y percevant une dénaturation de celle-ci en tant que société dite « de personnes »(29), les commentateurs attentifs aux besoins pratiques de la place financière luxembourgeoise y sont plutôt favorables, estimant toutefois que le projet n'irait pas suffisamment loin dans le sens d'une refonte globale du statut de la SARL et plus spécifiquement de son financement (30).

Les lacunes, incertitudes ou regrets suivants ont ainsi été exprimés :

- le fait que le projet de loi ne comprenne pas de dispositions relatives au capital autorisé et y semble même plutôt opposé (31) alors

(28) Voy. généralement X., « La réforme de la SÀRL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie I) », *op. cit.*, pp. 63-64.

(29) Avis du Conseil d'État, 23 février 2010, *Doc. parl.*, Ch. députés, n° 5730/4, sess. ord. 2009-2010, 4 mars 2010, p. 2 : [...] la société à responsabilité limitée qui était jusqu'à présent une société du type de société de personnes, deviendra une société où cette caractéristique va se perdre par son assimilation à la société anonyme. Sa gestion devient d'ailleurs plus lourde et plus compliquée.

Il est évident que pour cette dernière société aussi la sécurité des tiers et la responsabilité des gérants doit être renforcée, car le passé a montré trop souvent des situations inéquitables entre le sort réservé aux créanciers et celui du ou des gérants. Cependant, imposer des règles de fonctionnement presque aussi lourdes à la société à responsabilité limitée qu'à la société anonyme dépasse la mesure ». Et le Conseil d'État de s'opposer (pp. 35-36) à la possibilité d'une délégation de la gestion journalière et à celle d'instituer un comité de direction : face à « [...] l'extension démesurée du nombre de personnes qui peuvent engager la société, le Conseil d'État doit constater que cette forme de société perd de plus en plus son caractère de société de personnes et il propose de conserver les principes valables tant dans la législation belge que française et de maintenir en tant qu'organe de la société uniquement le ou les gérants ayant la plénitude des pouvoirs à l'égard des tiers et de la justice ».

(30) Selon X. (« La réforme de la SÄRL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie II) », *op. cit.*, pp. 65-66), si le projet de loi fait un « pas de géant en termes de structuration du capital social de la Särl », il ne s'est toutefois pas révélé suffisamment ambitieux en la matière : « (l)a trop brève revue qui vient d'être faite des potentialités nouvelles en termes de structuration du capital social des Särl est en soi éloquente et ouvre aux investisseurs et aux praticiens un large éventail de solutions allant des parts sociales pleinement investies du droit de vote et du droit au dividende jusqu'aux parts bénéficiaires ne faisant pas partie du capital social, en passant par les parts privilégiées sans droit de vote. On peut penser qu'un tel choix est à même de répondre à un grand nombre de structurations capitalistiques souhaitées. On peut même avancer que, sur bien des points, le régime juridique envisagé de la Särl dépasse en libéralisme ce qui existe pour la SA. Pour autant, le Projet de loi va-t-il assez loin dans la voie tracée et plus de témérité n'aurait-elle pas pu être envisagée ? ».

(31) L'exposé des motifs (*op. cit.*, p. 119) du projet 5730 constate « l'indisponibilité » de la technique du capital autorisé dans le cadre d'une SARL.

qu'il est pratiqué par certains
la matière (32) ;

- le regret du maintien de la valeur (33) ;
 - le regret que ne soit pas « traçantes » pour les SARL
 - le regret que le projet soit dépourvues de droit de vote et de bénéfices immanents, réalisés par les employés, par exemple
 - l'incertitude demeurant à propos de la distribution des acomptes sur la distribution (le projet étant pour la SA) (36) ;
 - l'incertitude subsistant au sujet du capital par remboursement n'y consacrant de dispositif de protection des créanciers
 - l'absence de dispositions pour le capital (38) ;

(32) Voy. X., « La réforme de la SARL », p. 64 : l'auteur relève que la doctrine du capital autorisé dans la SARL est parfaitement validée dès lors que l'en ont détaillé les modalités. Le sens : X., « La réforme de la SARL. Avis de la Chambre de commerce de Paris », p. 10, et *op. cit.*, p. 10.

(33) X., « La réforme de la S.
p. 66.

(34) X., « La réforme de la S. le même sens : Avis de la Chambre demande s'il n'y a pas intérêt à Luxembourg, comme l'émission de forme d'action est souvent utilisément non réglementés ».

(35) X., « La réforme de la S.

(36) Voy. X., « La réforme de p. 67 ; Avis de la Chambre de prises, *op. cit.*, pp. 4-5 (l'IRE es SARL).

(37) Avis de la Chambre de parmi les praticiens quand il s'a remboursement aux associés. Pour permettre aux créanciers

(38) Avis de la Chambre

qu'il est pratiqué par certaines SARL en l'absence d'un régime légal en la matière (32) ;

- le regret du maintien de l'exigence que les parts soient d'égale valeur (33) ;

- le regret que ne soit pas consacré le mécanisme des parts dites « traçantes » pour les SARL (34) ;

- le regret que le projet ne se penche pas sur les « parts sociales dépourvues de droit de vote et de droit aux dividendes (mais non aux bénéfices immanents, réalisés lors de la revente des titres) » (émises à des employés, par exemple) (35) ;

- l'incertitude demeurant quant à la possibilité pour la SARL de distribuer des acomptes sur dividendes et sur les conditions d'une telle distribution (le projet étant muet en la matière alors qu'un régime existe pour la SA) (36) ;

- l'incertitude subsistant quant aux conditions d'une réduction de capital par remboursement aux associés (ni le droit actuel ni le projet n'y consacrant de dispositions ce qui pose la question de l'extension de la protection des créanciers prévue dans le cadre de la SA) (37) ;

- l'absence de disposition(s) concernant l'amortissement du capital (38) ;

(32) Voy. X., « La réforme de la SÀRL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie I) », *op. cit.*, p. 64 : l'auteur relève que la doctrine est divisée quant à la possibilité du recours à la technique du capital autorisé dans la SARL : « (p)our notre part, nous sommes d'avis que ce procédé est parfaitement valide dès lors que l'assemblée générale ou les statuts l'ont expressément prévu et en ont détaillé les modalités. La pratique semble d'ailleurs aller dans ce sens ». Dans le même sens : X., « La réforme de la SÀRL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie II) », *op. cit.*, p. 66 ; Avis de la Chambre de commerce, *op. cit.*, p. 5.

(33) X., « La réforme de la SÀRL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie II) », *op. cit.*, p. 66.

(34) X., « La réforme de la SÀRL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie II) », *ibid.* Dans le même sens : Avis de la Chambre de commerce, *op. cit.*, p. 5 : « La Chambre de Commerce se demande s'il n'y a pas intérêt à inclure également dans le projet certaines pratiques usuelles au Luxembourg, comme l'émission d'actions traçantes dans les SA, mais aussi dans les SARL. Cette forme d'action est souvent utilisée dans les groupes de sociétés ou dans les fonds d'investissement non réglementés ».

(35) X., « La réforme de la SÀRL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie II) », *ibid.*

(36) Voy. X., « La réforme de la SÀRL à la lumière du projet de loi 5730 (Partie II) », *op. cit.*, p. 67 ; Avis de la Chambre de commerce, *op. cit.*, p. 5 ; Avis de l'Institut des réviseurs d'entreprises, *op. cit.*, pp. 4-5 (l'IRE estimant que le régime applicable aux SA devrait être étendu aux SARL).

(37) Avis de la Chambre de commerce, *op. cit.*, p. 5 : « En effet, un certain malaise s'installe parmi les praticiens quand il s'agit de procéder à une réduction du capital social d'une SARL par remboursement aux associés. Il n'y a pas plus de motifs légaux à respecter un délai d'attente pour permettre aux créanciers de réagir suite à l'appauvrissement de leur gage, que de raisons de les protéger moins bien que ceux d'une SA ».

(38) Avis de la Chambre de commerce, *ibid.*

- le regret que la controverse entourant l'interprétation de l'article 199 L. 10 août 1915(39) n'ait pas été tranchée par le projet(40).

Le projet 5730 a été considérablement freiné dans son adoption par la réaction très négative du Conseil d'État à son endroit et, contre toute attente, de la Chambre de commerce. Selon nos informations, le gouvernement luxembourgeois n'a toutefois pas renoncé à son adoption.

5. La proposition de la Chambre de commerce visant à créer une SARL-S inspirée du modèle belge de la SPRL-S. En janvier 2011, la Chambre de commerce de Luxembourg fit paraître, dans son bulletin économique « Actualité et Tendances », un plaidoyer en faveur d'une SARL simplifiée(41), laquelle serait à même de contribuer à dynamiser la création d'entreprises au Luxembourg et par cela, de contribuer à la croissance. Cette SARL-S apparaît partiellement inspirée de la SPRL « starter » (SPRL-S) belge introduite par la loi du 12 janvier

(39) Cet article dispose que, hormis le changement de nationalité de la société (qui doit faire l'objet d'une décision unanime), les modifications statutaires « sont décidées à la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social ».

(40) Voy. Avis de la Chambre de commerce, *op. cit.*, pp. 59-60 : « La Chambre de Commerce tient à souligner un problème d'interprétation qui donne lieu à des controverses depuis plus de 94 ans au Grand-Duché de Luxembourg.

En effet, la deuxième phrase de cet article, non modifiée par le présent Projet, dispose que «toutes autres modifications dans les statuts, sauf stipulations contraires, sont décidées à la majorité des associés représentant les trois quarts du capital social. Toutefois, dans aucun cas, la majorité ne peut obliger un des associés à augmenter sa part sociale.»

Selon la Chambre de Commerce, ce texte peut être lu de différentes manières :

En effet, pour qu'une décision modifiant les statuts soit valable, elle doit :

SOIT

1) être prise par des associés qui possèdent au moins trois quarts du capital social, décidant à la majorité simple des voix : il faut plus de votes "pour" que "contre" au sein d'une assemblée représentative de 75 % du capital social.

SOIT

2) être prise aux conditions cumulatives d'une double majorité : d'une part suivant un vote par tête aboutissant à une approbation de la majorité simple des associés (moitié du nombre plus un), d'autre part et en outre, suivant un scrutin par part débouchant sur un minimum de 75 % des votes favorables à la proposition de modification.

SOIT

3) satisfaire préalablement à une condition de représentation du capital : la participation du vote doit réunir des associés possédant ensemble au moins 75 % des parts représentatives du capital social (quorum de présence) et la décision doit ensuite être prise suivant un vote par tête aboutissant à une approbation de la majorité simple des associés (moitié du nombre plus un).

SOIT

4) réunir 75 % du capital social (quorum de présence) qui devra approuver la décision à l'unanimité. »

Voy. à cet égard L.-A. TAKERKART-WOLF et F. MARCHAL, « Plaidoyer pour un assouplissement de la condition de double majorité de l'article 199 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales », *JurisNews*, vol. 4, n° 4/2011, pp. 143-146.

(41) Chambre de commerce Luxembourg, « Une société à responsabilité limitée simplifiée pour soutenir la croissance », *Actualité et Tendances – Bulletin économique de la Chambre de commerce*, n° 8, janvier 2011, en ligne : http://www.cc.lu/uploads/media/A_T_8.pdf.

2010(42) dans la mesure où la p commerce permet que le capital 1 EUR à condition que ledit capit d'une SARL « ordinaire », endéans

Cette proposition fit l'obje nous avons organisé avec le Profbourg le 25 mai 2011(45). La co ce colloque fut que, comparée au voisins, notamment en France, en sition de la Chambre de comme Luxembourg, notamment au rega

(42) Sur la loi belge, cons. notamment *valse veiligheid ?*, N.N.K., 3/2010, pp. 3-aanzet tot hervorming van het besloten vewetswijziging ter invoering van de nieuwe v. L. WEYTS, « De BVBA-Starter uit haar start T. Not., n° 9/2010, pp. 455 et s. ; B. SAMYN, D.A.-O.R., 2010, pp. 227-239 ; B. BADA, « La parti ! », J.T., 2010, pp. 418-419 ; E.-J. NAVET ou miroir aux alouettes ? », R.D.C.-T.B.H. SPRL-S en Belgique. La SPRL-S et sa demi-concurrence timide pour la "Limited" ang. A. ERNST, « Le plan financier dans le cadre et V. RENARD, *SPRL Starter*, Liège, Edi.P. après », Rev. not., 2011, pp. 570-579 ; M. 2011, pp. 2005-209.

(43) Les principales caractéristiques Chambre de commerce (« Une société à rance », *op. cit.*, p. 4) :

Capital minimum souscrit et libéré : 1 Capital à atteindre : 12.500 EUR sur 5 Capitalisation obligatoire des bénéfice Statuts : recours à des statuts-types. Forme : sous seing privé ou par acte Inscription : en ligne ou en personne Gérance : personne physique (une ou Assocés : personne physique (une ou Nombre de SARL simplifiées par cré Transformation en SARL de droit co Sanction en cas de faillite avant cot 12.500 EUR.

Sanction en cas de non-constitution 1915.

Délai de constitution : 24 heures.

(44) En droit belge, la SPRL-S peut que ce capital atteigne le minimum légi dans un délai de cinq ans ou dès que la plein (art. 214, § 2, Code belge des so du 15 janvier 2014, voir *infra*.

(45) Colloque « La SARL simplifiée bourg ou "Miroir aux alouettes" ? », Lu

2010(42) dans la mesure où la proposition faite par la Chambre de commerce permet que le capital de cette société puisse être limité à 1 EUR à condition que ledit capital atteigne 12.500 EUR, soit le capital d'une SARL « ordinaire », endéans un délai de cinq ans(43)(44).

Cette proposition fit l'objet d'un colloque en droit comparé que nous avons organisé avec le Professeur Denis Philippe et tenu à Luxembourg le 25 mai 2011(45). La conclusion générale qui se dégagea de ce colloque fut que, comparée aux évolutions observées dans les pays voisins, notamment en France, en Allemagne et aux Pays-Bas, la proposition de la Chambre de commerce apparaissait trop timorée pour le Luxembourg, notamment au regard du droit français où la SARL peut

(42) Sur la loi belge, cons. notamment E. LEENKNECHT et A. FRANÇOIS, « De BVBA Starter : valse veiligheid ? », *N.N.K.*, 3/2010, pp. 3-17 ; S. DE DIER, « De S-BVBA : een minimalistische aanzet tot hervorming van het besloten vennootschapsrecht – Rechtsvergelijkende schets van de wetswijziging ter invoering van de nieuwe vennootschapsmodaliteit », *T.R.V.*, 2010, pp. 185-220 ; L. WEYTS, « De BVBA-Starter uit haar startblokken : een godsgeschenk voor het notariaat ? », *T. Not.*, n° 9/2010, pp. 455 et s. ; B. SAMYN, « Een nieuwe variante van de BVBA : de S-BVBA », *D.A.-O.R.*, 2010, pp. 227-239 ; B. BADA, « La société privée à responsabilité limitée starter : c'est parti ! », *J.T.*, 2010, pp. 418-419 ; E.-J. NAVÉZ et M. COIFEL, « La SPRL starter : initiative salutaire ou miroir aux alouettes ? », *R.D.C.-T.B.H.*, 2010, pp. 299-317 ; C. BROCAL, « La création de la SPRL-S en Belgique. La SPRL-S et sa demi-sœur allemande l'Unternehmergeellschaft (UG), une concurrence timide pour la "Limited" anglaise ? », *D.A.-O.R.*, 2010, pp. 240-260 ; C. BROCAL et A. ERNST, « Le plan financier dans le cadre de la SPRL-S », *C.J.*, n° 4/2010, pp. 95-99 ; J.-P. RENARD et V. RENAED, *SPRL Starter*, Liège, Edi.Pro, 2011 ; J.-Ph. MATAGNE, « La SPRL Starter – un an après », *Rev. not.*, 2011, pp. 570-579 ; M. WYCKAERT, « Le capital et ses restructurations », *J.T.*, 2011, pp. 2005-209.

(43) Les principales caractéristiques de cette SARL-S sont résumées comme suit par la Chambre de commerce (« Une société à responsabilité limitée simplifiée pour soutenir la croissance », *op. cit.*, p. 4) :

- Capital minimum souscrit et libéré : 1 EUR (déclaration sur l'honneur).
 - Capital à atteindre : 12.500 EUR sur 5 ans.
 - Capitalisation obligatoire des bénéfices : 25 %.
 - Statuts : recours à des statuts-types.
 - Forme : sous seing privé ou par acte authentique, au choix.
 - Inscription : en ligne ou en personne au RCS-L.
 - Gérance : personne physique (une ou plusieurs).
 - Associés : personne physique (une ou plusieurs).
 - Nombre de SARL simplifiées par créateur : 1.
 - Transformation en SARL de droit commun : purement facultatif.
 - Sanction en cas de faillite avant constitution du capital : associé(s) tenu(s) solidairement > 12.500 EUR.
 - Sanction en cas de non-constitution du capital : liquidation judiciaire (art. 203 L. 10 août 1915).
 - Délai de constitution : 24 heures.
- (44) En droit belge, la SPRL-S peut être constituée avec un capital limité à 1 EUR à condition que ce capital atteigne le minimum légal fixé pour la SPRL « ordinaire » (à savoir 18.550 EUR) dans un délai de cinq ans ou dès que la société occupe l'équivalent de cinq travailleurs à temps plein (art. 214, § 2, Code belge des sociétés). Ces limitations furent toutefois levées par la loi du 15 janvier 2014, voir *infra*.
- (45) Colloque « La SARL simplifiée (SARL-S) : une alternative souhaitable pour le Luxembourg ou "Miroir aux alouettes" ? », Luxembourg, 25 mai 2011.

désormais être constituée avec un capital librement fixé par les statuts sans exigence d'atteindre un minimum fixé par la loi endéans un délai fixé⁽⁴⁶⁾ alors qu'il n'apparaissait pas, selon l'un des rapporteurs à ce colloque (Isabelle Riassetto, Professeur à l'Université du Luxembourg), que les SARL fassent davantage faillite depuis cette réforme (introduite en 2003). Par ailleurs, d'autres instruments, tels que l'EIRL (entreprise individuelle à responsabilité limitée) française (art. L526-6 et s. du Code de commerce français), introduite en 2010⁽⁴⁷⁾, auraient mérité de retenir l'attention de la Chambre de commerce de Luxembourg, d'autant plus que l'EIRL, qui ne constitue ni une société ni une personne morale, peut être perçue dans les termes d'une certaine autonomisation d'un « patrimoine professionnel » dont le Luxembourg, s'inspirant du droit suisse, a précisément permis le transfert par des dispositions insérées en 2007 dans la loi du 10 août 1915⁽⁴⁸⁾.

Depuis ce colloque, aucune initiative législative n'a été prise ou même projetée selon nos informations. Sans doute ce manque d'intérêt du gouvernement luxembourgeois reflète-t-il un ordre de priorités : la SARL-S servirait plutôt les intérêts des (très) petites entreprises alors que nous avons vu (*supra*, n° 4) que l'intérêt des praticiens luxembourgeois se porte plutôt sur les utilisations de la SARL dans le contexte de la place financière.

De toute manière cette initiative de la Chambre de commerce apparaît désormais dépassée depuis que le législateur belge a, par la loi du 15 janvier 2014⁽⁴⁹⁾, abrogé l'obligation de conversion en une SPRL ordinaire endéans les cinq ans ou dès qu'elle emploie cinq travailleurs à plein temps (voy. l'art. 214, § 2, du Code belge des sociétés). La SPRL-S

(46) Art. L223-2 du Code de commerce français : « Le montant du capital de la société est fixé par les statuts. Il est divisé en parts sociales égales ».

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

(48) Art. 308bis-6 à 308bis-14 L. 10 août 1915 et voy. R. BAHAR, « Le transfert de patrimoine professionnel – Une contribution helvétique au droit des sociétés luxembourgeois », in A. PRUM (sous la coordination de), *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés*, Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 107 et s.

(49) Loi du 15 janvier 2014 portant dispositions diverses en matière de P.M.E., *Mon. b.*, 3 février 2014, p. 9106.

peut donc désormais exister durée indéterminée⁽⁵⁰⁾.

II – MODERNISATION/SIMPLIFICATION (SIM)

6. La loi du 12 ju

évoqué cette loi ci-dessus (s), la transposition de la directive sur les gestionnaires de fonds enjeu stratégique et secteur luxembourgeois. La loi concernant des sociétés : outre une révision de la gestion de la société opère une réforme en matière simple (SCS) et introduit la société en commandite spéci dépourvue de la personnalité de la SCSp, tels que résultent identiques⁽⁵⁴⁾.

(50) Pour une brève présentation, voir lius.com/fr/spotlight/la-sapr-started

(51) Voy. directive 2011/61/UE sur les gestionnaires de fonds d'investissement et 2009/65/CE ainsi que les règles 1er juillet 2011, p. 1, en ligne : <http://1.174.0001:0073:FR.PDF>.

(52) La SCA a connu récemment comme véhicule de structuration d'investissement spécialisés ou A. TROTSKA, « Le renouveau de la op. cit., p. 200.

La loi (art. 183 et 194) réforme de la SCA. Notamment : le gérant non commandité n'est responsable de la société anonyme ; chaque gérant est seul responsable à celui qui est en vigueur d'administration, dans les SA (comme ne réalisant pas une inscription dressée et un mandat de mandataire d'un gérant de la société de ce dernier, même si ce fait une responsabilité indéfinie de représentant en laquelle il est engagé).

(53) Art. 189 de la loi, intitulée « commandite spéciale », op. cit.

peut donc désormais exister sous son statut de « starter » pour une durée indéterminée (50).

II – MODERNISATION/SIMPLIFICATION CONCERNANT LES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE (SIMPLE ET PAR ACTIONS)

6. La loi du 12 juillet 2013. Nous avons déjà brièvement évoqué cette loi ci-dessus (*supra*, n° 2). Au premier chef, celle-ci assure la transposition de la directive européenne 2011/61/UE du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds alternatifs (directive dite « AIFM ») (51), enjeu stratégique et secteur riche de promesses pour la place financière luxembourgeoise. La loi comporte également un important volet en droit des sociétés : outre une réforme de modernisation apportée au régime de la gestion de la société en commandite par actions (SCA) (52), elle opère une réforme en profondeur du droit de la société en commandite simple (SCS) et introduit un tout nouvel instrument sociétaire : la société en commandite spéciale (SCSp), dont la particularité est d'être dépourvue de la personnalité juridique (53). Les statuts de la SCS et de la SCSp, tels que résultant de cette loi, apparaissent par ailleurs largement identiques (54).

(50) Pour une brève présentation de cette réforme, voy. le lien suivant : <http://www.eube-lus.com/fr/spotlight/la-sprl-starter-nest-plus-un-y%C3%A9hicule-temporaire>.

(51) Voy. directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010, *J.O.*, n° L 174, 1^{er} juillet 2011, p. 1, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:174:0001:0073:FR:PDF>.

(52) La SCA a connu récemment un certain regain de faveur, étant régulièrement utilisée comme véhicule de structuration des SOPARFI (sociétés de participation financières), des fonds d'investissement spécialisés ou des sociétés d'investissement en capital à risque : D. BOONE et A. TROTSKA, « Le renouveau de la commandite : commandite simple et commandite spéciale », *op. cit.*, p. 200.

La loi (art. 193 et 194) réforme les articles 107 et 108 L. 10 août 1915 relatifs à la gestion de la SCA. Notamment : le gérant ne doit plus nécessairement être un commandité et le gérant non commandité n'est responsable que dans les conditions applicables à l'administrateur de société anonyme ; chaque gérant se voit confier un pouvoir « résiduel » selon un régime similaire à celui qui est en vigueur dans le cadre des SARL (art. 191bis) ou, s'agissant du conseil d'administration, dans les SA (art. 53 L. 10 août 1915) ; par ailleurs, une liste d'actes considérés comme ne réalisant pas une immixtion prohibée du commanditaire dans la gestion de la SCA est dressée et un commanditaire « peut agir en qualité de membre d'un organe de gestion ou mandataire d'un gérant de la société, même actionnaire commandité, ou prendra la signature sociale de ce dernier, même agissant en tant que représentant de la société sans encourir de ce fait une responsabilité indéfinie et solidaire des engagements sociaux à condition que la qualité de représentant en laquelle il intervient soit indiquée ».

(53) Art. 189 de la loi, introduisant un art. 22-1, (2) dans la L. 10 août 1915.

(54) D. BOONE et A. TROTSKA, « Le renouveau de la commandite : commandite simple et commandite spéciale », *op. cit.*, p. 207 : « Pour l'essentiel, le régime de la SCSp sera en effet

La raison de l'introduction de cette réforme est « moins à rechercher en droit pur que dans les besoins exprimés par l'industrie des fonds alternatifs, que ce soit l'industrie du *private equity*, des *hedge funds* ou des fonds immobiliers, et plus largement par l'ensemble des promoteurs et investisseurs qui voient dans les fonds alternatifs luxembourgeois des plateformes attractives d'investissements » (55). À cet égard le « modèle d'inspiration est celui du *limited partnership* anglo-saxon » (56). En effet tout professionnel du secteur a pu observer le recours fréquent au *limited partnership* anglais ou étatsunien « qui chapeaute la structure et qui est le véhicule au sein duquel le promoteur du fond occupe la place de *General Partner*, et les investisseurs celle de *Limited Partners* » (57). Cette faveur pour le *limited partnership* reçoit d'abord une explication historique : les États-Unis ont créé les premiers fonds de *private equity* sous la forme d'un *limited partnership* et ont ensuite exporté ce modèle. Mais la persistance de cette faveur tient à des considérations d'ordre structurel : « Tel est le cas du haut degré de sophistication et de flexibilité contractuelle qu'offre le *limited partnership*, associé à la dualité "responsabilité illimitée/responsabilité limitée" qui s'applique à merveille aux relations qui se nouent dans ce type d'industrie entre les promoteurs actifs et les investisseurs dits passifs. À cela s'ajoute, lorsque le *limited partnership* est de nature purement contractuelle et n'est donc pas doté de la personnalité juridique, les bénéfices qui peuvent, le cas échéant, être tirés de la transparence fiscale qui s'applique à de telles structures » (58). On nuancera les propos précités en signalant que les *limited partnerships* ne sont pas nécessairement dépourvus de la personnalité juridique : ainsi les *limited partnerships* étatsuniens sont-ils aujourd'hui considérés comme des « entities » dotées de la personnalité juridique mais il est vrai que ces structures en sont dépourvues en droit anglais (59). L'approche exprimée par

un "copié-collé" du nouveau régime applicable à la SCS. C'est d'ailleurs ce que (...) souligne le Commentaire des articles : "Le régime de la société en commandite spéciale est très largement calqué sur celui de la société en commandite simple, sauf pour des questions spécifiques résultant de l'absence de personnalité juridique dans son chef" ».

(55) D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, p. 199.

(56) D. BOONE et A. TROTSKA, *ibid.*

(57) D. BOONE et A. TROTSKA, *ibid.*

(58) D. BOONE et A. TROTSKA, *ibid.*

(59) En Angleterre, contrairement à d'autres juridictions de *common law* comme les États-Unis ou une autre juridiction britannique comme l'Écosse, le *limited partnership* n'a (toujours) pas la personnalité juridique. La *Law Commission* avait pourtant produit une proposition extrêmement détaillée, fondée sur une analyse de droit comparé et mettant en avant les multiples désavantages liés à l'*"aggregate theory"*, visant à faire du *limited partnership* une « entity » ou personne juridique *sui generis*, c'est-à-dire conservant un caractère contractuel marqué (voy. *Law Commission Report, Partnership Law* (Law Comm. n° 283), novembre 2003, en ligne :

la loi du 12 juillet 2013 cons approach » (60) qui permettra étrangers une structure - doté juridique - qui s'accorde à le SIF (fonds d'investissement sement en capital à risque), mentées et les OPC lourdeme des SCS-SCSp, quelques-uns de SCS. L'innovation majeur tution de SICAR ou SIF-SIC nalité juridique. « C'était le promu par l'industrie du pri ciation LPEA (61), dont les de loi » (62). Le défaut/dé juridique luxembourgeois conférer la possibilité aux culté vers la toute nouvelle nouvel article 148ter (63) p commerciale dotée de la de ses actionnaires ou ass d'une SCSp qui reprendra il n'y aura pas de liquida social et de rembourseme ment par les obligations des garanties détenues pa ne pourra que favoriser

<http://lawcommission.justice.gov.uk> fait long feu jusqu'ici : voy. B. I n° 1-17 en note. Il faut dire que déjà souligné les réticences p statut fiscal du *limited partner* « Serious concerns have been raised about the potential nality to limited partnerships in that issue would affect their us to the economy.

For those special reasons into special limited partnerships par nous)

(60) D. BOONE et A. TROTSKA,

(61) Luxembourg Private

(62) D. BOONE et A. TROTSKA,

(63) Art. 198 de la loi.

la loi du 12 juillet 2013 consiste donc en une « best of both worlds' approach » (60) qui permettra au Luxembourg d'offrir aux investisseurs étrangers une structure – dotée (SCS) ou non (SCSp) de la personnalité juridique – qui s'accorde à leurs besoins notamment d'ordre fiscal. Les SIF (fonds d'investissement spécialisés) et les SICAR (société d'investissement en capital à risque), à mi-chemin entre les SOPARFI non réglementées et les OPC lourdement régulés, constituent le réceptacle naturel des SCS-SCSp, quelques-uns étant d'ores et déjà constitués sous forme de SCS. L'innovation majeure de la loi est donc de permettre la constitution de SICAR ou SIF-SICAV sous la forme d'une SCSp sans personnalité juridique. « C'était le vœu ardemment souhaité et énergiquement promu par l'industrie du *private equity*, avec comme fer de lance l'association LPEA (61), dont les travaux ont notamment inspiré le Projet de loi » (62). Le défaut/désavantage compétitif perçu dans l'arsenal juridique luxembourgeois serait ainsi comblé. La loi entend d'ailleurs conférer la possibilité aux structures existantes d'évoluer sans difficulté vers la toute nouvelle structure ainsi créée, par l'introduction d'un nouvel article 148ter (63) par lequel « il est prévu que lorsqu'une société commerciale dotée de la personnalité juridique décide, à l'unanimité de ses actionnaires ou associés, de continuer la société sous la forme d'une SCSp qui reprendra l'entièreté de la situation active et passive, il n'y aura pas de liquidation au sens d'apurement préalable du passif social et de remboursement des apports, la SCSp étant tenue intégralement par les obligations de la première société et ce, sans discontinuité des garanties détenues par les créanciers sociaux. Cette continuité [...] ne pourra que favoriser et faciliter, tout en souplesse, la continuation

http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc283_Partnership_Law.pdf. Mais cette proposition a fait long feu jusqu'ici : voy. B. HANNIGAN, *Company Law*, 3^e éd., Oxford University Press, 2012, n° 1-17 en note. Il faut dire que dans son document (précité) de 2003, la *Law Commission* avait déjà souligné les réticences de praticiens soucieux de ne pas voir une telle innovation affecter le statut fiscal du *limited partnership* (*Law Commission Report, Partnership Law, op. cit.*, p. 27 : « Serious concerns have been expressed to us, particularly by the APP, that giving legal personality to limited partnerships may affect their tax treatment overseas, and that uncertainty over that issue would affect their usefulness as a vehicle for investment and, therefore, be damaging to the economy.

For those special reasons we propose that those who wish to do so should be able to enter into special limited partnerships which would not have separate legal personality. » (souligné par nous)

(60) D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, p. 207.

(61) *Luxembourg Private Equity and Venture Capital Association* (<http://www.lpea.lu/>).

(62) D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, p. 200.

(63) Art. 198 de la loi.

de structures luxembourgeoises préexistantes sous forme de sociétés commerciales avec personnalité juridique en SCSp » (64).

7. L'absence de personnalité juridique de la SCSp. La motivation du projet est donc de fournir une réponse pragmatique aux besoins exprimés par la place financière luxembourgeoise, et ce, sans trop d'égard pour l'orthodoxie juridique. En effet, la dichotomie introduite entre une SCS dotée de la personnalité juridique et une SCSp dépourvue de la personnalité juridique s'avère largement trompeuse : « C'est qu'en effet, la SCSp sera en réalité dotée des attributs sous-jacents à la personnalité juridique » (65).

« On déduit classiquement de l'attribution de la personnalité juridique qu'elle confère à son bénéficiaire, à l'instar des personnes physiques, (i) une autonomie juridique, (ii) une "carte d'identité", celle-ci comprenant une dénomination sociale et un domicile, et (iii) un patrimoine propre. On devrait donc en déduire, *a contrario*, que la SCSp, à l'image de toute société sans personnalité juridique, devrait être dépourvue de ces attributs. Eh bien, pas du tout ! Il y a ici à l'œuvre une construction juridique hybride *ad hoc* extrêmement curieuse, peu orthodoxe sans doute du point de vue des principes du droit, mais répondant au souhait de consacrer l'absence de personnalité juridique en tant que principe directeur, tout en tempérant considérablement les effets.

Les éléments constitutifs de la personnalité juridique que nous avons mentionnés plus haut (autonomie juridique, "carte d'identité" et patrimoine) se retrouvent bel et bien dans la SCSp, dans les mêmes conditions, et quasiment selon les mêmes règles que celles qui s'appliquent à la SCS » :

- autonomie juridique : la SCSp jouit d'une capacité de jouissance (objet social (66) et spécialité légale) et d'une capacité d'exercice et de représentation (on notera les pouvoirs possibles pour le commanditaire (67)). « (L')on a affaire à un système d'une puissante originalité qui n'est pas sans dérouter,

(64) D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, p. 202.

(65) D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, p. 207.

(66) Voy. notamment l'article 22-1, (8) L. 10 août 1915, introduit par la loi.

(67) L'article 22-4 L. 10 août 1915 introduit par le projet prévoit en effet une liste étendue d'actes permis au commanditaire sans que ceux-ci puissent être considérés comme relevant d'une immixtion prohibée du commanditaire dans la gestion : « Ne constituent pas des actes de gestion pour lesquels l'associé commanditaire encourt une responsabilité indéfinie et solidaire à l'égard des tiers, l'exercice des prérogatives d'associé, les avis et les conseils donnés à la société en commandite spéciale, à ses entités affiliées ou à leurs gérants, les actes de contrôle et de surveillance, l'octroi de prêts, de garanties ou sûretés ou toute autre assistance à la société en

dans la mesure où il aux sociétés person dévolu aux organes sociétés sans perso gestion des associés peut être attrait appliquée ; le gérant les conditions de l'applicable au cons les associés comm de manière illimitée de garder le droit e

- dénomina ne peut exister « La dénomination ciés indéfiniment en erreur sur le le choix entre r d'un commandita

- domicile morale n'ont n associés individ Mais la SCSp es l'article 159 L. 1 que pour les so

- patrim SCS a un pat laisser des que des associés (

commandite spéciale ou à s dans les cas prévus dans le

(68) Voy. art. 22-3, al. 6

(69) Art. 22-3, al. 2 L. 1

(70) Voy. art. 16, (5) et

(71) Art. 22-1, (7) L. 1

(72) Lequel dispose (au Grand-Duché, est sou en pays étranger ».

(73) Voy. art. 22-2, (2)

au sein de la société en co

nés à l'occasion de la co

dans la mesure où il associe tout à la fois des attributs propres aux sociétés personnes morales, à savoir le pouvoir autonome dévolu aux organes de gestion, et des spécificités propres aux sociétés sans personnalité morale, à savoir les pouvoirs de gestion des associés ». En outre, la SCSp a le droit d'ester et peut être attaquée en justice (68) ; la théorie de l'organe lui est appliquée ; le gérant non commandité n'est responsable que dans les conditions de l'article 59 L. 10 août 1915 (69) (disposition applicable au conseil d'administration de la SA, « À cet égard, les associés commandités, qui resteront, quoi qu'il en soit, tenus de manière illimitée des dettes de la société, seront bien avisés de garder le droit exclusif de nommer et révoquer les gérants ») ;

- *dénomination/raison sociale* : alors que la SCS actuelle ne peut exister que sous une raison sociale (normalement : « La dénomination sociale est exclusive de la mention d'associés indéfiniment responsables, évitant ainsi d'induire les tiers en erreur sur le régime de responsabilité »), la SCS/SCSp aura le choix entre raison sociale et dénomination sociale et le nom d'un commanditaire pourra y figurer (70) ;

- *domicile/lex societatis* : les sociétés sans personnalité morale n'ont normalement ni l'un ni l'autre (assignation des associés individuellement et application de la *lex contractus*). Mais la SCSp est dotée d'un domicile fixé à son siège réel (71) et l'article 159 L. 10 août 1915 (72) s'appliquera de la même manière que pour les sociétés dotées de la personnalité juridique ;

- *patrimoine* : aspect « révolutionnaire » du régime, la SCSp a un patrimoine (73) mais cette particularité n'est pas sans laisser des questions non résolues et surtout celle de la situation des associés (sont-ils créanciers dans ou de la société ? En quoi

commandite spéciale ou à ses entités affiliées, ainsi que les autorisations données aux gérants dans les cas prévus dans le contrat social pour les actes qui excèdent leurs pouvoirs ».

(68) Voy. art. 22-3, al. 6 et 7 L. 10 août 1915 introduit par la loi.

(69) Art. 22-3, al. 2 L. 10 août 1915, introduit par la loi.

(70) Voy. art. 16, (5) et 22-1, (2) L. 10 août 1915, introduits par la loi.

(71) Art. 22-1, (7) L. 10 août 1915 introduit par la loi.

(72) Lequel dispose (al. 1^{er}) que : « Toute société dont l'administration centrale est située au Grand-Duché, est soumise à la loi luxembourgeoise, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger ».

(73) Voy. art. 22-2, (2) L. 10 août 1915, introduit par la loi : « (2) Les biens mis en commun au sein de la société en commandite spéciale répondent exclusivement des droits des créanciers nés à l'occasion de la constitution, du fonctionnement ou de la liquidation de la société ».

l'existence de ce « patrimoine » affecte-t-elle la situation des autres créanciers des associés et de la société ?)… (74)

En dehors des difficultés spécifiques que pourrait susciter l'absence de personnalité juridique de la SCSp au niveau patrimonial (voy. ci-dessus), cette absence n'est appelée à avoir d'incidence que dans les matières suivantes : inapplicabilité du régime de la responsabilité pénale des personnes morales (75) et impossibilité pour la SCSp de participer à une opération de fusion-scission sans passer par une transformation préalable en une forme sociétaire dotée de la personnalité juridique (76) (77).

8. La nouvelle structure de gestion de la SCS-SCSp.

8.1. En ce qui concerne les associés. On soulignera plus spécialement les points suivants :

- un commandité pourra être en même temps un commanditaire à condition qu'il y ait toujours au moins un associé commandité et un associé commanditaire juridiquement distincts l'un de l'autre (78) ;

- l'apport en industrie est admis (79). Il est en effet particulièrement utile de pouvoir rémunérer l'apport en industrie d'un gestionnaire de fonds. Les règles relatives à la réalisation/valorisation des apports seront exclusivement du ressort du contrat social (pas de contrôle révisoral notamment) mais la contrepartie de cette liberté réside dans une responsabilité accrue de l'organe de gestion (80) ;

- « le principe de fixité du capital social [...] se trouvera écarté par la possibilité qu'auront les SCS/SCSp de procéder librement à des distributions et remboursements à leurs associés sans considération d'intangibilité du capital social et uniquement sur la base de ce qu'autorise le contrat social. Ce régime est à rapprocher du régime qui s'applique déjà aux SICAV et aux SICAR » (81) ;

- « l'exigence que les parts d'intérêts aient une valeur nominale égale ne sera [...] pas requise. Le contrat social devra prévoir les règles

(74) Voy. D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, pp. 208-210.

(75) D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, p. 208.

(76) D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, p. 217.

(77) Le traitement fiscal de la SCS et de la SCSp sera par ailleurs identique (transparence fiscale) : voy. Ch. BEERNAERTS et E. GIRAUT, « Private equity : activité commerciale ou gestion de patrimoine ? », *JurisNews - Droit fiscal*, vol. 2, n° 1/2013, pp. 21-24.

(78) Art. 16 (4) (en ce qui concerne la SCS) et 22-1 (5) L. 10 août 1915 (en ce qui concerne la SCSp) introduits par la loi.

(79) Art. 16 (2) et 22-1 (3) L. 10 août 1915 introduits par la loi.

(80) D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, p. 212.

(81) D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, p. 213. Voy. art. 19, al. 1^{er} (SCS) et 22-5, (1), al. 1^{er} (SCSp) L. 10 août 1915, introduits par la loi.

de preuve de la propriété des parts (au registre). On peut également souscrire des parts assorties de droits financiers/polaires sans droit de vote) ou à des parts (shares) dont les revenus attribués sont dédiés. En la matière, l'in-

- les règles concernant la participation (en principe avec l'accord des associés) et le principe aux conditions requises sont supplétives (83) ;

- un régime d'exclusion selon des modalités entièrement libres ;

- en ce qui concerne les parts, il ne sera plus requis que la gérance des commandités (85) et, d'autre part, les associés sont accusés (voy. ci-dessus) sans que cela fasse perdre leur qualité de commanditaires ;

- quant aux droits des associés :

- 1) droits financiers : ces derniers peuvent être opérés sous forme de versement de bénéfices (équivalents de dividende ou de liquidation). Le principe en la matière a été appliqué pour les SICAV-SIF, les SICAR et les autres sociétés commerciales, le tout dans le cadre des restrictions en matière d'associés (notamment les intérimaires), les obligations de participation au capital et le titre, l'Article 17 LSC sera réservé à la partie légale, y compris, bien entendu, les articles 167 et 168 LSC. Sa

(82) D. BOONE et A. TROTSKA, *ibidem*.

(83) Voy. art. 21 (SCS) et 22-7 (SCSp) introduits par la loi. Les deux articles sont applicables aux commandités : pourront être appliqués aux commandités.

(84) Voy. art. 21 et 22-7 précités. Ces deux articles visent à protéger les risques de contestations judiciaires et administratives dans la matière.

(85) Voy. art. 17 (SCS) et 22-5 (SCSp) introduits par la loi.

(86) Voy. D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*

de preuve de la propriété des parts d'intérêts (p. ex. inscription au registre). On peut également songer à des classes de parts d'intérêts assorties de droits financiers/politiques différenciés (p. ex. parts d'intérêts sans droit de vote) ou à des parts d'intérêts traçantes (*tracking shares*) dont les revenus attribués proviendront de lignes d'investissements dédiées. En la matière, l'imagination sera reine » (82) ;

- les règles concernant la cession des parts des commanditaires (en principe avec l'accord des commandités) et des commandités (en principe aux conditions requises pour la modification du pacte social) sont supplétives (83) ;

- un régime d'exclusion/retrait d'associés peut être introduit selon des modalités entièrement laissées au contrat social (84) ;

- en ce qui concerne les pouvoirs et responsabilités des associés : il ne sera plus requis que la gérance soit exclusivement entre les mains des commandités (85) et, d'autre part, les pouvoirs des commanditaires sont accusés (voy. ci-dessus) sans que la dévolution de ces pouvoirs leur fasse perdre leur qualité de commanditaires (86) ;

- quant aux droits des associés :

- 1) droits financiers : consistent en distributions qui « peuvent être opérées sous forme de remboursement des apports, de distribution de bénéfices (équivalents des dividendes), ou de droit au boni de liquidation ». Le principe en la matière est la liberté contractuelle. « Les Commentaires des Articles rapprochent cette flexibilité de ce qui existe déjà pour les SICAV-SIF, les FCP et les SICAR ». Ainsi il faut « oublier toutes les règles bien connues qu'établissent, pour les autres types de sociétés commerciales, le maintien du capital social (Article 100 LSC), les restrictions en matière de distributions de dividendes (annuels ou intérimaires), les obligations de restitution des dividendes fictifs (à ce titre, l'Article 17 LSC sera abrogé), ou l'obligation de constituer une réserve légale, y compris, bien entendu, les sanctions pénales y attachées (Articles 167 et 168 LSC). Sauf à être réintroduites volontairement dans

(82) D. BOONE et A. TROTSKA, *ibid.*

(83) Voy. art. 21 (SCS) et 22-7 (SCSp) L. 10 août 1915, introduits par la loi et cons. D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, p. 214. Les auteurs s'interrogent sur le caractère supplétif du régime applicable aux commandités : pourrait-on aller jusqu'à la libre cessibilité ?

(84) Voy. art. 21 et 22-7 précités et cons. D. BOONE et A. TROTSKA, *ibid.* Les auteurs soulignent les risques de contestations judiciaires en l'absence de dispositions contractuelles précises en la matière.

(85) Voy. art. 17 (SCS) et 22-3 (SCSp) L. 10 août 1915 introduits par la loi.

(86) Voy. D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, p. 215.

le contrat social [...] » (87). « [...] Il est estimé que la protection des tiers sera suffisamment assurée par la solvabilité des associés commandités, ainsi que par la possibilité éventuelle d'obtenir des garanties conventionnelles, telles que des sûretés, et le droit commun (fraude) » (88) ;

2) droits de vote : la liberté contractuelle est également de règle. « On peut par conséquent envisager tous les cas de figure : droit de veto, parts d'intérêts conférant un droit de vote multiple, parts d'intérêts ayant un droit de vote réduit, voire parts d'intérêts sans droit de vote » (89). Le contrat déterminera également les décisions qui devront être prises collectivement par les associés. Des règles supplétives sont procurées en la matière (90).

8.2. En ce qui concerne la gérance. Comme déjà observé (ci-avant), l'une des innovations de la loi, rejoignant en cela les droits français et belge (91), pour le gérant de la SCS-SCSp réside dans le fait que le gérant n'a plus à être un associé commandité. Il y a donc rupture du « lien ontologique qui existe, sous l'empire du droit actuel, entre la qualité de gérant et d'associé commandité. Ce lien apparaissait jusque-là comme nécessaire, le pouvoir de gestion étant par essence la contrepartie de la responsabilité solidaire et illimitée de l'associé commandité » (92). « La gestion de la SCS/SCSp pourra donc être entièrement confiée à une personne qui n'a pas la qualité d'associé commandité. Il ne pourra cependant pas être un associé commanditaire, auquel il est interdit de faire des actes de gestion (Articles 18 (en ce qui concerne la SCS) et 22-4 (en ce qui concerne la SCSp) LSC-Projet de loi). Il est à noter que l'évolution précitée a vocation à s'étendre également aux SCA, l'Article 107 LSC faisant également l'objet d'une modification similaire ». Le gérant non commandité ne sera responsable que dans les conditions de l'article 59 L. 10 août 1915, applicable au conseil d'administration d'une SA et les pouvoirs des gérants sont similaires à ceux des gérants de SARL (93).

(87) Voy. art. 19 (SCS) et 22-5 (SCSp) L. 10 août 1915, introduits par la loi.

(88) Voy. D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, p. 215.

(89) Voy. art. 20 (SCS) et 22-6 (SCSp) L. 10 août 1915, introduits par la loi.

(90) Voy. D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, pp. 215-216.

(91) Pour le droit belge, cons. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis – Droit européen – Droit belge*, *op. cit.*, n° 696 : « Il est également admis qu'un tiers soit chargé de la gestion de la société (en commandite simple) » et, pour le droit français, cons. les références citées par D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, p. 217.

(92) D. BOONE et A. TROTSKA, *ibid.*

(93) D. BOONE et A. TROTSKA, *op. cit.*, pp. 217-218.

9. Le droit luxembourgeois et le phénomène de concurrence sur les besoins de sa place financière. Comme nous l'avons souligné, il faut conserver l'infexion essentielle de la législation luxembourgeoise même l'approfondir (par rapport à la proposition des directives communautaires) mais le Luxembourg est d'abord et avant tout un pays aux besoins de sa place financière. La proposition de la Chambre des députés (n° 5) n'a guère rencontré d'opposition. Par contre, il est projeté de modifier la législation luxembourgeoise très peu développée depuis son adoption. La réforme de la législation luxembourgeoise a pour objectif de simplifier (celui-ci n'est pas simple) mais pour y introduire des éléments inspirés de la législation luxembourgeoise de financement. Cette réforme doit développer encore l'usage de la législation luxembourgeoise d'un traitement fiscallement préférentiel. La réforme du droit luxembourgeois doit prendre en compte la perspective concurrentielle du Luxembourg par rapport aux autres partenaires du marché. Le Luxembourg par rapport aux autres partenaires du marché doit développer ses nouvelles commandites luxembourgeoises mais ouvrant de larges perspectives pour les entreprises luxembourgeoises. La particularité d'être (SCS) et d'être (SCSp) devraient satisfaire au regard du traitement fiscal. Le Luxembourg se situe donc efficacement dans un contexte de concurrence régulatoire et de concurrence fiscale. Ce contexte ne se restreint pas au Luxembourg mais au monde financier globalisé. Les deux contextes mènent incontestablement à la concurrence, quitte à y perdre quelque chose. Mais le Luxembourg, en cohérence avec ses partenaires, devrait être capable de répondre à ces défis tout en maintenant sa place financière et son attractivité.

CONCLUSION

9. Le droit luxembourgeois, pleinement impliqué dans le phénomène de concurrence juridique mais axé essentiellement sur les besoins de sa place financière plutôt que sur ceux de l'ensemble des opérateurs économiques adoptant une forme sociétaires. Comme nous l'avons signalé (*supra*, n° 1), le Luxembourg a su conserver l'infexion essentiellement libérale de son droit des sociétés et même l'approfondir (par rapport au droit belge) à l'occasion de la transposition des directives communautaires en matière de droit des sociétés. Mais le Luxembourg est d'abord et avant tout essentiellement attentif aux besoins de sa place financière. Ceci explique sans doute pourquoi la proposition de la Chambre de commerce d'introduire une SARL-S (*supra*, n° 5) n'a guère rencontré d'écho auprès du législateur luxembourgeois. Par contre, il est projeté de réformer le droit de la SARL (*supra*, n° 4) – très peu développé depuis son introduction en 1933 – non pas vraiment en vue de le simplifier (celui-ci apparaissant déjà comme particulièrement « simple ») mais pour y introduire un surcroît de sécurité juridique, en lui injectant des éléments inspirés du droit de la SA, notamment au niveau de sa structure organisationnelle et en vue de développer ses techniques de financement. Cette réforme devrait permettre de conforter, voire de développer encore l'usage de la SARL, laquelle bénéficie éventuellement d'un traitement fiscalement transparent (« check the box ») à l'international. La réforme du droit des commandites s'inscrit dans cette même perspective concurrentielle, celle-ci devant positionner avantageusement le Luxembourg par rapport au recours mondialement observé au *limited partnership* anglo-américain en vue de la structuration des fonds. Les nouvelles commandites luxembourgeoises, dotées d'un régime modernisé mais ouvrant de larges espaces de liberté contractuelle et présentant la particularité d'être (SCS) ou non (SCSp) dotées de la personnalité juridique, devraient satisfaire les besoins des investisseurs internationaux au regard du traitement fiscal dont ils souhaitent bénéficier. Le Luxembourg se situe donc effectivement et pleinement dans un contexte de concurrence régulatoire en ce qui concerne ses structures sociétaires. Ce contexte ne se restreint toutefois pas à l'Europe mais s'inscrit dans un monde financier globalisé où les structures sociétaires anglo-américaines mènent incontestablement la danse. Le Luxembourg s'adapte donc à ce contexte, quitte à y perdre considérablement en orthodoxie juridique ou, à tout le moins, en cohérence interne de son droit des sociétés.
