

La transplantation de la société par actions simplifiée (SAS) dans le droit des sociétés luxembourgeois

André PRÜM

Agrégé des facultés de droit,

Professeur à l'Université du Luxembourg,

Doyen fondateur de la faculté de droit, d'économie et de finance

L'important succès que connaît la SAS en France n'est pas passé inaperçu au Grand-Duché de Luxembourg¹. L'idée de répliquer la SAS en droit luxembourgeois avait été évoquée dès 1999 lorsque le législateur luxembourgeois cherchait un nouvel habit sociétaire pour les fonds de pension qui ne pouvaient se satisfaire du régime de la société anonyme en raison de la fixité du capital qui les caractérise. À l'époque, le choix s'est porté cependant sur une autre construction, la société coopérative sous forme de société anonyme (CoopSA). Forme hybride permettant d'échapper aux règles de la deuxième directive européenne en matière de coordination de droit des sociétés et de ses évolutions successives, la CoopSA n'a connu qu'un succès limité, ce qui est dû, sans doute, à la relative complexité de son régime résultant de la difficile conjugaison de règles puisant dans deux types de sociétés qui ne se ressemblent guère.

L'élan décisif pour introduire la SAS en droit luxembourgeois a été pris par le projet de loi portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, déposé à la chambre des députés au printemps 2007. Ce projet a finalement été adopté par la loi du 10 août 2016 portant modernisation de la loi modifiée de 1915 de sorte que la SAS figure dorénavant parmi les types de sociétés commerciales reconnues par le droit luxembourgeois.

Son introduction s'inscrit dans une logique pragmatique d'offrir le plus large choix à tous ceux qui souhaitent disposer d'une structure sociétaire au Luxembourg. La panoplie des formes disponibles vient d'ailleurs d'être élargie assez récemment à la société en commandite spéciale, créée par la loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs. Il s'est agi ici de répondre à la demande de l'industrie des fonds d'investissement alternatifs souhaitant disposer d'un véhicule susceptible de concurrencer les structures *offshore* largement plébiscitées par les fonds de *private equity*. La société en commandite spéciale répond à ce défi en échappant à la personnalité morale et de rester ainsi

1. Sur la SAS française, v. not. DAIGRE J.-J., GERRY D. et LE BLANC H., « La Société par Actions Simplifiée (SAS) », *Dr. sociétés*, Actes pratiques, 1993, n° 12 ; GODON L., *La société par actions simplifiée*, 2014, LGDJ ; COURET A., LE CANNU P. et BARBIÈRI J.-F., *Société par actions simplifiée*, 1994, GLN Joly.

transparente d'un point de vue fiscal. Elle offre au surplus à ceux qui y recourent une grande flexibilité dans la structuration de leur opération.

La SAS ne fait pas écho à une telle demande spécifique mais simplement du souci constant du législateur luxembourgeois de ne pas priver les opérateurs économiques d'un instrument dont l'utilité s'est avérée dans un pays voisin. L'intention avouée n'était autre que de transplanter la SAS française dans l'ordre juridique luxembourgeois en s'inspirant directement du régime figurant au Code de commerce français². De façon symptomatique, le projet de loi contient, en annexe, l'inventaire complet des dispositions françaises qu'il s'agissait de répliquer dans la loi modifiée du 10 août 1915. Sachant que celle-ci a été conçue initialement sur le modèle de la loi belge et a continué à suivre principalement les orientations de celle-ci, la nouvelle greffe française constitue une première.

L'emprunt au régime français a conduit le législateur luxembourgeois d'abord à suivre la même solution législative consistant à définir la SAS comme une forme de société par actions dont les règles sont déterminées par une solution de renvoi sélectif au régime de la société anonyme laissant cependant à la SAS toute la flexibilité requise par sa nature contractuelle. Pour l'essentiel, de cette méthode résultent des régimes largement similaires. Mais le parallélisme dans la méthode ne doit pas masquer une série de différences, tant au niveau des règles propres aux SAS que des variations dans les droits communs des sociétés et des régimes des sociétés anonymes vers lesquels il est renvoyé. C'est à travers ces similitudes et nuances que nous proposons d'examiner l'exercice de transplantation auquel s'est livré le législateur luxembourgeois dans son récent effort de modernisation de la loi sur les sociétés commerciales.

I – LES RESSEMBLANCES

Les traits communs entre le chapitre VII du titre II du livre II de la partie législative du Code de commerce français consacré aux sociétés par actions simplifiées et la section IV *bis* de la loi luxembourgeoise sur les sociétés commerciales qui leur est également dédiée sautent aux yeux lorsque l'on lit les deux textes en parallèle. Dans la droite lignée de l'initiative prise en France en 1994 de créer, en marge de la société anonyme, une nouvelle forme de société par actions qui ne tomberait pas dans le champ d'application de la deuxième directive européenne de coordination du droit des sociétés, la loi luxembourgeoise définit la société par actions simplifiée comme étant « celle dont le capital est divisé en actions et qui est constituée par une ou plusieurs personnes qui n'engagent qu'une mise déterminée ». Cette définition, il est vrai, ne la distingue en soi guère de la société anonyme. La caractérisation de l'une par rapport à l'autre résulte de leurs régimes respectifs. À l'instar de la solution retenue à cet égard par le droit français, la loi luxembourgeoise détermine les règles applicables à la société par actions

2. CORBISIER I., « La SAS au regard du droit du Benelux », in CONAC P.-H. et URBAIN-PARLÉANT I. (dir.), *La société par actions simplifiée*, 2016, Dalloz, p. 191 à 223.

simplifiée par la combinaison d'un renvoi sélectif à un ensemble de règles régissant les sociétés anonymes et la définition d'une série de dispositions qui lui sont spécifiquement consacrées. La réception de la SAS dans l'ordre juridique luxembourgeois s'est opérée ainsi tant par un emprunt de la méthode consistant à adosser cette nouvelle forme de société par actions à de larges parties du régime de la SA, hissée par la même occasion au rang de modèle, qu'à travers la réplcation d'un grand nombre des dispositions propres aux SAS.

A. L'emprunt de la méthode de renvoi

La solution française du renvoi général au régime des sociétés anonymes, sous réserve d'une série de dérogations et de la compatibilité de ces règles avec les dispositions spécifiquement consacrées à la SAS, est reprise à l'identique par la loi luxembourgeoise.

Certes, les dérogations prévues par l'article L. 227-1 du Code de commerce français et par l'article 101-18 de la loi luxembourgeoise modifiée de 1915 ne peuvent se comprendre qu'à l'intérieur de chacun des deux *corpus*. Mais il est clair que dans l'un et l'autre cas, il s'agit essentiellement d'exclure l'application des règles relatives à la gouvernance des sociétés anonymes, c'est-à-dire celles qui concernent les assemblées générales, les organes de direction et, pour le système dualiste, le conseil de surveillance. Pour tous les articles du régime des sociétés anonymes que l'article L. 227-1 du Code de commerce français prend soin de sortir du renvoi, le législateur luxembourgeois s'est ainsi efforcé de rechercher les équivalences dans la loi sur les sociétés commerciales pour les viser également dans la série des dispositions exclues du renvoi. Le résultat de cet exercice est reflété dans un tableau comparatif annexé au projet de loi d'où il résulte clairement que l'intention était de caler la règle de renvoi le plus précisément possible sur celle du droit français. Si, en définitive, le nombre d'articles relatifs à la SA qui se trouvent écartés varie assez sensiblement de l'une à l'autre règle de renvoi, cela tient simplement au fait que le régime des sociétés anonymes en droit luxembourgeois demeure, dans une perspective de plus grande liberté contractuelle, nettement moins développé qu'il ne l'est en droit français. Le tableau comparatif auquel il est fait référence précédemment en fournit une illustration éclairante.

Au-delà de la série d'articles exclus du renvoi, l'article 101-18 de la loi luxembourgeoise concernant les sociétés commerciales reprend également du texte français la condition que les règles concernant les sociétés anonymes ne sont applicables à la SAS que « dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions particulières » réservées à celle-ci. La réserve paraît logique. En même temps, la détermination de son exacte portée est loin d'aller de soi³. La loi luxembourgeoise se trouve ainsi affectée du même « beau coefficient d'incertitude »⁴ qui frappe le texte français. Notons au passage que le renvoi qu'opère

3. LE NABASQUE H., « La flexibilité contractuelle dans la SAS », *ibid.*, p. 75 à 89, spéc. p. 81.

4. LE CANNU P., « Un cadre légal minimal », *ibid.*, p. 61 à 73, spéc. p. 69.

l'article 103 de la loi modifiée de 1915 au régime des sociétés anonymes pour les sociétés en commandite par actions ne comporte pas semblable réserve mais se contente de renvoyer « aux modifications indiquées dans la présente section », c'est-à-dire celle consacrée à ces dernières. La solution repose donc ici plus sur des ajustements expressément prévus aux règles des sociétés anonymes que sur un test général de compatibilité.

Il est de toute évidence trop tôt pour savoir comment les tribunaux vont interpréter l'exigence de compatibilité. Il paraît peu probable que le ministère de la Justice s'aventure dans une interprétation comme a cru bon de le faire le garde des Sceaux en France sans toutefois réellement éclaircir la difficulté. Et s'il fallait faire un pari sur la voie que pourrait suivre la jurisprudence, je serais enclin à penser qu'elle ne s'en tiendra pas à une pure analyse textuelle mais sera tentée d'avoir égard au profil concret que les associés auront donné à une SAS déterminée à travers ses statuts. En d'autres mots, le test de compatibilité ne se résumerait pas à une confrontation des textes propres à la SAS avec les articles de la loi régissant les sociétés anonymes, c'est-à-dire à une analyse fondée sur une sorte de modèle abstrait de la SAS désincarnée de son régime statutaire⁵. L'appréciation tiendrait compte de la large place faite à la liberté des associés de déterminer le régime de leur SAS à travers les statuts pour écarter l'application de toutes les règles du régime de la SA qui viendraient contrarier ou restreindre l'exercice de cette liberté contractuelle⁶.

À l'instar du droit français, la règle du renvoi luxembourgeoise précise à son tour de quelle manière il convient de faire le lien entre, d'une part, les organes de direction de la société anonyme et, plus précisément, le conseil d'administration et les délégués à la gestion journalière, et d'autre part les dirigeants de la société par actions simplifiée en prévoyant que les attributions que la loi réserve aux premiers reviennent dans une société par actions simplifiées à son président ou à celui ou ceux de ses dirigeants que les statuts désignent à cet effet. L'unique nuance par rapport au texte français réside dans la désignation des délégués à la gestion journalière, concept que le droit luxembourgeois a hérité du droit belge et qui ne se retrouve pas en tant que tel dans le Code de commerce français.

La détermination du régime des sociétés par actions simplifiées par un tel système de renvoi, sous certaines exclusions et la réserve de la compatibilité avec les dispositions particulières aux SAS, ne constitue en soi pas une mauvaise solution. Ne serait-ce que par commodité, il n'y a pas point d'inconvénient de principe de se référer au régime des sociétés anonymes comme modèle pour les sociétés par actions. Telle est bien la méthode retenue, comme nous venons de l'observer ci-dessus, pour la société en commandite par actions. Il paraissait naturel de suivre la même voie pour la société par actions simplifiée.

5. GERMAIN M et PERRIN P.-L., *SAS – La société par actions simplifiée*, 6^e éd., 2016, Joly éd., n° 111.

6. PAILLUSSEAU J., « L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS – La notion de compatibilité dans le droit de la SAS », *JCP G* 2000, I, 262 ; LE NABASQUE H., *op. cit.*, p. 82 ; LE CANNU P., « Un cadre légal minimal », *op. cit.*, p. 61 à 73.

La méthode requiert toutefois de calibrer le renvoi avec précision afin de différencier suffisamment la SAS de la SA tout en veillant à ce que les dispositions qui se trouvent exclues du renvoi ne créent pas de lacunes dans le régime de la SAS. En d'autres mots, le choix des articles applicables à la SA dont les SAS sont exemptées ne doit être ni trop restreint ni trop large, mais refléter la flexibilité par laquelle ces dernières doivent pouvoir se distinguer des SA.

La sélection opérée à ce titre par le législateur luxembourgeois s'aligne, comme nous l'avons déjà noté, sur celle retenue par le Code de commerce français. Pour l'essentiel, elle cible l'organisation de la direction et les rôles et modes d'implication des associés. Ce sont là précisément les terrains sur lesquels les fondateurs d'une SAS doivent pouvoir modeler les statuts en fonction de l'usage qu'ils souhaitent réserver à leur structure. En excluant purement et simplement du renvoi l'ensemble des dispositions relatives au conseil d'administration et aux assemblées d'actionnaires, les fondateurs d'une SAS jouissent ici d'une liberté pratiquement sans limites.

En même temps, l'exclusion pure et simple de ces dispositions suppose que les statuts prennent effectivement le relais. Dans l'hypothèse où les dispositions statutaires ne règlent que de manière incomplète l'organisation de la direction ou l'implication des associés, il ne paraît guère possible de se référer à des articles du régime de la société anonyme dont l'application à la SAS se trouve expressément écartée⁷. L'absence de dispositions légales supplétives, qui marque le régime de la SAS, apparaît alors comme une faiblesse. En préparant les statuts d'une SAS, ses rédacteurs ne devraient pas négliger la possibilité de combler cette lacune, s'ils ont le moindre doute quant au fait que les statuts couvrent véritablement tous les aspects liés à l'organisation de la direction ou aux décisions collectives des associés, en renvoyant à travers les statuts aux parties pertinentes du régime de la société anonyme ou en intégrant le contenu des articles en question directement dans les statuts.

Quant au choix précis des articles du régime de la société anonyme dont l'article 101-18 écarte l'application aux sociétés par actions simplifiées, on peut regretter qu'il ne couvre pas toutes les exigences issues de la directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 telle que modifiée (remplaçant la 2^e directive d'harmonisation du droit des sociétés)⁸. Comme l'un des objectifs de l'introduction de la SAS était précisément d'offrir aux opérateurs économiques une structure échappant aux prescrits de cette norme européenne, on comprend mal pourquoi la SAS demeure toujours soumise, par exemple, aux restrictions concernant le rachat d'actions propres ou l'obligation d'obtenir un rapport d'un réviseur pour les apports en nature. Une plus grande flexibilité aurait

7. LE NABASQUE H., « La flexibilité contractuelle dans la SAS », *ibid.*, p. 75 à 89, spéc. p. 79 ; GERMAIN M. et PERRIN P.-L., *op. cit.*, n° 155.

8. Directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 oct. 2012 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 315 du 14 nov. 2012, p. 74-97, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012L0030&from=FR>.

sans doute été souhaitable ici pour que la SAS ne se trouve pas assujettie à un niveau de contrainte supérieure à celui qui s'applique à une société à responsabilité limitée luxembourgeoise.

À l'inverse, on s'explique difficilement également pourquoi certains articles qui créent des souplesses dans le régime des sociétés anonymes figurent parmi les exclusions. À titre d'illustrations, l'article 67 *bis*, qui consacre la validité des conventions de vote entre actionnaires, l'article 68, qui reconnaît la création de plusieurs catégories d'actions, ou encore l'article 67, 7°, qui valide la possibilité pour un actionnaire de renoncer à l'exercice de son droit de vote ou de prévoir une clause dans les statuts aux termes de laquelle celui-ci peut être suspendu à titre de sanction, n'ont pas été rendus applicables aux SAS. Il ne faut cependant, à notre avis, pas en conclure hâtivement que de tels arrangements ne pourraient pas être décidés pour une SAS. Le vaste champ reconnu à la liberté contractuelle en présence d'une SAS doit permettre aux associés de s'entendre également sur une convention de vote, sur les conditions dans lesquelles l'exercice du droit de vote peut être suspendu ou encore de créer différentes catégories d'actions. L'inclusion des articles en question parmi ceux qui ne sont pas applicables à la SAS ne peut être considérée comme une dérogation à la liberté contractuelle dont jouissent les associés d'une SAS.

B. La réplique des règles particulières

Les règles particulières consacrées à la société par actions simplifiée sont destinées en première ligne à suppléer le régime de celle-ci dans les matières où il n'est pas renvoyé aux articles régissant les sociétés anonymes. Elles constituent ainsi un complément direct des exclusions dont est assortie la règle de renvoi. C'est à travers elles que peut s'apprécier la large flexibilité contractuelle dont profite la SAS et à travers laquelle elle doit précisément se différencier de la SA en offrant aux « rédacteurs des statuts d'une SAS de somptueuses plages de liberté »⁹. Leur domaine de prédilection est, comme nous l'avons déjà observé, la direction et le rôle des associés. Sur ces deux terrains, la loi luxembourgeoise emprunte très nettement les solutions du droit français.

1. La flexibilité contractuelle dans l'organisation de la direction

« Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée », nous indique l'article 101-20 de la loi modifiée de 1915 en reproduisant textuellement l'article L. 227-5 du Code de commerce français. Pareillement, l'article 101-21 prévoit que « la société est représentée à l'égard des tiers et en justice (...) par un président désigné dans les conditions prévues par les statuts » et que « celui-ci est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société dans la limite de l'objet social » sans qu'un dépassement de cette compétence pas plus que d'autres limitations statutaires de ses pouvoirs ne puissent,

9. LE NABASQUE H., *op. cit.*, p. 77.

en règle générale, être opposés aux tiers. Cet article indique encore que « les statuts peuvent prévoir les conditions dans lesquelles une ou plusieurs personnes autres que le président, portant le titre de directeur, peuvent exercer des pouvoirs confiés à ce dernier par le présent article ». La possibilité de nommer une personne morale président ou directeur d'une société par actions simplifiée et les conséquences qui en découlent en termes de responsabilité pour son représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission sont envisagées dans des termes proches de ceux applicables aux SAS françaises. Enfin, pour la détermination de la responsabilité du président et des directeurs de la société par actions simplifiée, il est renvoyé aux règles fixant la responsabilité des membres du conseil d'administration ou du directoire des sociétés anonymes, en laissant cependant dans l'ombre la responsabilité des membres des autres organes de direction ou de supervision que les statuts pourraient instituer.

L'alignement précis des règles consacrées à la gouvernance de la SAS luxembourgeoise sur le modèle français la fait bénéficier du même niveau de flexibilité tant dans l'architecture de sa gouvernance qu'au niveau des mandats sociaux qui la mettent en œuvre¹⁰. Cela signifie d'abord que dans l'ordre interne, les statuts peuvent déterminer les organes dont sera dotée une SAS et fixer pour chacun d'eux son domaine d'intervention, la nature de son intervention, sa composition et son mode de fonctionnement interne. L'expression « direction de la société » doit être comprise ici de façon ouverte comme comprenant la fonction de direction au sens strict aussi bien que la fonction de surveillance ou de supervision. Le nombre d'organes et la distribution des compétences entre eux peuvent être librement arrêtés par les fondateurs sans qu'aucun schéma légal, et en particulier, celui de la société anonyme, ne s'impose à eux. Ils peuvent encore moduler les fonctions précises dont seront chargés les différents dirigeants et dont dépendra également leur niveau de responsabilité vis-à-vis de la société comme ils peuvent aussi prévoir si leurs mandats sont révocables *ad nutum* ou seulement sous certaines conditions.

Ce n'est que dans l'ordre externe, que la loi désigne le représentant légal de la société en la personne du président tout en permettant aux statuts de prévoir que ce pouvoir peut être partagé avec un ou plusieurs directeurs. Cette limite à la liberté des fondateurs s'imposait pour d'évidentes raisons de protection des tiers, qui doivent pouvoir se fier au pouvoir de représentation d'un organe désigné par la loi, de même qu'ils ne sont pas censés devoir prendre en considération d'éventuelles limitations du pouvoir de représentation prévues par les statuts.

2. La flexibilité contractuelle dans la définition du statut et du rôle des associés

Dans des termes inspirés à nouveau directement du Code de commerce français, l'article 101-24 de la loi modifiée de 1915 dispose que « les statuts déterminent les décisions qui doivent être prises collectivement par les associés par les formes et conditions qu'il prévoit. Toutefois, les attributions dévolues aux assemblées

10. DIDIER Ph., « La flexibilité de la gouvernance de la SAS », *ibid.*, p. 123 à 135.

générales des sociétés anonymes, en matière d'augmentation, d'amortissement ou de réduction de capital, de fusion, de scission, de dissolution, de transformation en une société d'une autre forme, de nomination de commissaires, de comptes annuels et de bénéfices sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés ». En revanche, cet article ne reprend pas la sanction figurant au dernier alinéa de l'article L. 227-9 du Code de commerce français selon laquelle « les décisions prises en violation des dispositions du présent article peuvent être annulées à la demande de tout intéressé ». La précision aurait été utile.

Pour l'essentiel, les associés peuvent ainsi fixer la liste des décisions qu'ils prennent ensemble, et surtout, des décisions qu'ils n'ont pas besoin de prendre ensemble. Ils sont libres également de définir selon quels processus (délibération en assemblée, résolutions circulaires,...) ces décisions sont prises.

Quant au statut même des associés, le parallélisme avec le droit français tient plus au choix des règles propres à la société anonyme qui sont rendues applicables à la SAS et surtout de celles qui se trouvent écartées pour celle-ci qu'aux règles qui lui sont propres.

Dans les deux droits, les associés d'une SAS se trouvent ainsi privés d'une série de prérogatives que la loi reconnaît aux actionnaires d'une société anonyme, comme la possibilité de provoquer la convocation d'une assemblée ou de requérir l'inscription à l'ordre du jour de points ou de projets de résolution. Ce choix est logique puisque la loi laisse aux statuts toute flexibilité pour déterminer de quelle manière les associés doivent, le cas échéant, se concerter sans leur imposer la réunion d'assemblées générales.

La règle selon laquelle chaque action donne droit à une voix, qui demeure une règle impérative pour les sociétés anonymes luxembourgeoises, figure également parmi les dispositions exclues du renvoi. Il paraît ainsi parfaitement possible de prévoir que les actions d'une SAS puissent être assorties d'un droit de vote multiple comme de toute autre modulation du droit de vote sans qu'il ne soit obligatoire de respecter un quelconque principe de proportionnalité entre le nombre de voix et la partie du capital représentée. Dans la mesure où le droit luxembourgeois ne connaît pas les actions de préférence telles qu'elles existent en droit français, le renvoi au droit des sociétés anonymes opéré pour la SAS ne risque pas de brider la possibilité de prévoir des actions de SAS à droit de vote multiple¹¹.

II – LES NUANCES ET DIFFÉRENCES

Les points communs avec le droit français des SAS dépassent très nettement ceux par lesquels le régime luxembourgeois se distingue de son modèle. Plus que de différences profondes, il s'agit de nuances, surtout lorsqu'elles trouvent leur origine dans

11. Même si en France, la doctrine semble s'accorder pour admettre que le renvoi vers le régime des actions de préférence n'exclut pas non plus cette possibilité : LE CANNU P., « Un cadre légal minimal », *ibid.*, p. 61 à 73, spéc. p. 70 ; DAIGRE J.-J., « L'aménagement du droit de vote », *RD bancaire et fin.* 2004, n° 5, p. 364 à 367.

certaines variations des règles particulières aux SAS. Pour le surplus, les décalages découlent d'une série de décalages dans les droits communs ou dans les régimes des sociétés anonymes applicables aux SAS et ne sont donc pas propres à celles-ci.

A. Nuances dans les règles propres aux SAS

Certaines variations dans les règles propres aux SAS tiennent à un choix délibéré du législateur luxembourgeois de se distancier du régime français ; d'autres au contraire sont le résultat du temps important qui lui aura fallu pour adopter le projet de loi déposé neuf ans avant le vote définitif de la loi du 10 août 2016.

1. Des choix politiques différents

Il n'y a en vérité que peu de cas dans lesquels la loi luxembourgeoise n'a pas souhaité suivre pleinement les règles particulières consacrées aux SAS françaises. Ils tiennent pour l'essentiel à l'abandon de l'exigence d'une décision unanime entre associés pour adopter ou modifier des clauses de contrôle de l'actionnariat ou pour transformer en SAS une autre société.

S'agissant tout d'abord de la création d'une SAS par la transformation d'une société d'une autre forme (C. com., art. L. 227-3 pour la règle française) ou par la voie d'une fusion-absorption¹², le droit luxembourgeois se contente de renvoyer au régime commun de la transformation des sociétés. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où cette transformation conduit à une augmentation des engagements des associés que l'unanimité sera requise.

Pareillement, le droit luxembourgeois n'exige pas le consentement unanime des associés pour prévoir dans les statuts une clause d'agrément des associés ou des clauses limitant ou écartant temporairement la cession de leurs actions. Les clauses d'inaliénabilité prévues par les statuts doivent être limitées dans le temps, mais la loi n'impose pas, à l'instar du droit français, de plafond. Le régime des clauses d'agrément varie à son tour légèrement du droit français puisqu'il restreint la période d'incessibilité qui peut en résulter¹³.

Si le projet de loi luxembourgeois prévoyait à l'origine que les statuts puissent contenir une disposition précisant les conditions dans lesquelles un associé peut être tenu de céder ses actions (C. com., art. L. 227-16 pour la règle française), cette possibilité a malheureusement été abandonnée au cours des travaux parlementaires, sans d'ailleurs aucune explication.

Les autres différences de texte concernant les règles spécialement dédiées aux SAS sont mineures et ne méritent pas d'être détaillées ici.

12. Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-17802.

13. L'exigence d'unanimité n'est pas non plus reprise en droit luxembourgeois pour la nomination d'un liquidateur en cas de liquidation volontaire (C. com., art. L. 237-18, dernier al.), ni pour certaines décisions des assemblées dans le cadre d'une liquidation (C. com., art. L. 237-27).

2. Un emprunt daté

L'adoption de la loi du 10 août 2016 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales a été le fruit d'un processus législatif extrêmement long. Il aura fallu, en effet, pas moins de neuf ans pour que le projet de loi, déposé le 3 juillet 2007, soit enfin voté.

Les dispositions proposées pour introduire la SAS n'ont pas été revues au cours de cette longue période pour tenir compte des évolutions qu'a connu entre-temps le droit français. La loi française n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, l'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne, les lois de simplification n° 2011-525 du 17 mai 2011 et n° 2012-387 du 22 mars 2012 et l'ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif ont ainsi été purement et simplement ignorées par le législateur luxembourgeois.

La SAS luxembourgeoise se trouve, de ce fait, privée des améliorations dont a profité le modèle français au cours des dernières années. On déplore particulièrement qu'elle demeure soumise à l'exigence d'un capital légal minimal, à la présence systématique de commissaires aux comptes ou à la prohibition des apports en industrie. On regrette encore qu'elle ne puisse se financer en recourant à une solution de financement participatif bénéficiant d'un régime organisé comme celui institué récemment en France.

B. Différences liées aux droits communs des sociétés

Dans la mesure où les SAS sont soumises, en France aussi bien qu'au Luxembourg, au droit commun des sociétés, les différences existant à ce niveau se répercutent sur leurs régimes respectifs. La présente contribution ne saurait évidemment passer en revue toutes ces différences. Nous nous contenterons donc de quelques illustrations qui nous paraissent significatives, laissant en revanche de côté les différences qui existent entre les règles régissant les sociétés anonymes dans les deux droits.

1. Différences liées aux codes civils

Le droit luxembourgeois des sociétés est resté fidèle au système de la libre constitution des sociétés et à la règle des cadres légaux obligatoires. Pourvu que les fondateurs d'une société choisissent de recourir à l'un des types prévus par la loi, leur structure naît avec sa pleine personnalité juridique dès l'acte de constitution. En d'autres mots, celle-ci ne dépend pas, comme c'est le cas en droit français, d'une immatriculation au registre du commerce et des sociétés. Ce régime s'applique également à la création d'une société par actions simplifiées.

Moins significative, du moins en pratique, est la possibilité en droit luxembourgeois de créer toute société pour une durée illimitée, alors qu'en droit français, l'article 1838 du Code civil limite leur durée à 99 ans.

Plus importante, en revanche, est l'absence de prohibition par défaut pour une société de faire publiquement appel à l'épargne¹⁴. L'article 1841 du Code civil français qui instaure cette interdiction n'a point d'équivalent en droit luxembourgeois. S'il est bien interdit à une société par actions simplifiée luxembourgeoise de procéder à une émission publique d'actions, cette interdiction demeure cependant beaucoup plus restreinte qu'en droit français où elle s'étend, sous certaines exceptions, à tous les titres financiers. Une SAS peut donc notamment proposer au public des obligations ou des parts bénéficiaires, non représentatives du capital. Ces dernières restent permises en droit luxembourgeois aux différentes sociétés par actions (L. modifiée de 1915, art. 37, al. 2) et donc aux SAS, alors que l'article L. 228-4 du Code de commerce français les interdit.

S'il n'existe pas dans le Code civil luxembourgeois l'équivalent immédiat des articles 1836 et 1844, alinéa 1^{er}, du Code civil français, les solutions consacrées par ces deux articles valent sans doute également au Luxembourg. En vertu du droit commun des contrats et des principes généraux en droit des sociétés, il ne paraît guère contestable qu'une augmentation des engagements des associés requiert également en droit luxembourgeois une décision unanime de leur part, sauf peut-être – le point peut se discuter – disposition contraire dans les statuts. De même, le droit de tout associé de participer aux décisions collectives de la société dont il fait partie est un principe auquel les tribunaux luxembourgeois semblent se tenir. Il n'y a pas de raison de penser qu'ils ne l'appliqueront pas à une société par actions simplifiée, comme l'a d'ailleurs décidé la chambre commerciale de la Cour de cassation française dans son arrêt *Arts et entreprises* du 23 octobre 2007, bien que celui-ci ait été rendu à propos d'une clause d'exclusion qui, comme nous l'avons observé précédemment, n'est pas explicitement reconnue par les dispositions particulières à la société par actions simplifiée de la loi modifiée de 1915.

Pour prendre un dernier exemple, la limitation des cas dans lesquels la nullité d'une société peut être prononcée ou dans lesquels les décisions prises par une assemblée générale sont frappées de nullité n'a pas été étendue en droit luxembourgeois aux sociétés par actions simplifiée, à la différence du droit français (C. civ., art. 1844-10 et 1844-11 pour la règle française). Il n'est certes pas interdit de penser que l'article 12 *ter* de la loi modifiée de 1915, lorsqu'il envisage la nullité d'une société anonyme, est applicable également à la SAS. Mais il aurait été plus clair que ce texte vise directement aussi cette dernière, comme il le fait d'ailleurs pour la société en commandite par actions dont le régime est également déterminé par renvoi aux règles de la société anonyme. Quant à la nullité des décisions prises en assemblée générale, dont les conditions sont déterminées par l'article 12 *septies* de la loi modifiée de 1915, il ne saurait trouver application que dans l'hypothèse où les décisions collectives des associés d'une SAS sont effectivement prises en assemblée générale. Or, tel n'est pas nécessairement le cas puisque la loi permet aux statuts d'organiser librement le mode de consultation des associés et donc de prévoir qu'ils puissent prendre collectivement des décisions sans se réunir en assemblée.

14. DAIGRE J.-J. et FRANÇOIS B., « La société par actions simplifiée : une société pouvant faire appel au marché ? », *Rev. sociétés* 2010, n° 1, p. 11 à 16

2. Différences liées aux dispositions communes aux diverses sociétés commerciales

Nous nous tiendrons ici à une seule illustration qui me paraît d'importance : la possibilité de doter une société par actions simplifiée d'un capital variable. En droit français, cette possibilité est reconnue à toutes les sociétés commerciales qui ne prennent pas la forme d'une société anonyme (C. civ., art. L. 231-1). Bien que le régime de la SAS renvoie à celui de la société anonyme, la première ne peut pas être confondue avec une SA. La doctrine est unanime en France pour admettre que les statuts d'une SAS peuvent prévoir la variabilité de son capital¹⁵.

Cette flexibilité n'existe pas en droit luxembourgeois faute de disposition comparable parmi les règles communes aux sociétés commerciales. La variabilité du capital demeure une caractéristique réservée à certaines structures sociétaires, en particulier à celles qui servent comme véhicules d'investissement collectif. Pour l'instant, ces véhicules ne peuvent pas se constituer sous la forme d'une SAS. Il s'agit là d'une restriction que le législateur luxembourgeois serait bienvenu de corriger.

Que faut-il retenir de ce survol rapide du régime de la nouvelle SAS luxembourgeoise ? Elle constitue de toute évidence une pure réplique de la SAS française. L'exercice de transplantation du régime français dans l'ordre juridique luxembourgeois, auquel s'est livré sans aucunement s'en cacher le législateur luxembourgeois, s'est opéré pour l'essentiel sans heurts ni frictions. Bien que le droit luxembourgeois des sociétés commerciales suive de plus près le droit belge que le droit français, la greffe a été réalisée sur la base d'une comparaison précise du droit commun des sociétés et des règles propres aux sociétés anonymes. Elle n'apparaît nullement aujourd'hui comme un corps étranger dans la loi modifiée de 1915. Reste à voir si la SAS connaîtra au Grand-Duché un succès comparable à celui qu'elle a depuis plusieurs années en France. Cela dépendra surtout des avantages qu'elle présente par rapport à la société à responsabilité limitée dont le régime reste au Luxembourg encore largement libéral dans la mesure où le législateur s'est gardé de lui appliquer les exigences découlant des directives européennes de coordination en droit des sociétés et, en particulier, celles issues de la deuxième directive et de ses évolutions successives en matière de maintien et de modification du capital.

15. GODON L., *op. cit.*, p. 148.